المعونة

على مذهب عالم المدينة

"الإمام مالك بن أنس"

تأليف

القاضي عبد الوهاب البغدادي (422 هـ)

تحقيق ودراسة

د. عبد الحق حميش

الجزء الثالث

منشورات دار قرطبة


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجراح[1]

الأصل في القصاص[2] قوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى** ... إلى قوله... **وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ**﴾[3] وقوله: ﴿**وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ**﴾[4] وقوله ﷺ: "**العمد قود كله إلا أن يعفو ولى المقتول**"[5] وقوله: "**من قتل له قتيل فأهله بخير النظرين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذو الدية**"[6]، فإذا ثبت ما ذكرناه فلا يجب القصاص إلا بأحد ثلاثة أوجه: إما ببينة، أو بإقرار، أو بقسامة، وبيان ذلك يأتي فيما بعد إن شاء الله[7].

---

(1) الجراح: مأخوذة من الجوارح لأنها لا تفعل إلا بها فكل من جنى جناية أو جرح أو أذنب ذنباً أو اكتسب إثماً بيده أو بلسانه أو بجارحه من جوارحه فهو جارح في اللغة، أما في الاصطلاح: فقد عرفها الرصاع بقوله: هو تأثير الجناية في الجسم. (أنظر: المقدمات: (321/3)، وشرح الرصاع على ابن عرفة: (479).

(2) القصاص: سمى قصاصا لأنه يقص الخصومات أي يقطعها (غرر المقالة: (238).

(3) سورة البقرة، الآيتين: (178-179).

(4) سورة المائدة، الآية: 45.

(5) أخرجه الدارقطني: (94/3)، وابن أبي شيبة: (365/9)، والطبراني في معجمه واسحق بن راهويه (أنظر: نصب الراية: (327/4).

(6) أخرجه البخاري في الديات، باب: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين: (38/8)، مسلم في الحج، باب تحريم مكة وصيدها: (988/2).

(7) في (م): يأتي بعد.

باب: اشتراط تكافؤ الدماء في القصاص

الاعتبار في وجوب القصاص تكافؤ[1] الدماء، فإذا قتل شخص شخصاً ودماؤهما متكافئة جاز أن يجري بينهما القصاص، وإن كان أحدهما ناقصاً عن الآخر كان القصاص للأعلى منهما على الأدنى ولم يكن[2] للأدنى على الأعلى، والتكافؤ معتبر بالمساواة في الدين والحرمة الراجعة[3] إلى الحرية: فلا يقتل مسلم قصاصاً بكافر ولا ذمي ولا معاهد ولا كتابي ولا وثني كان المسلم[4] القاتل حراً أو عبداً، ولا يقتل حر بعبد لا بعبد نفسه ولا بعبد غيره ولا بمدبر ولا بمكاتب ولا أم ولد ولا من فيه بقية رق، فإن قتل الكافر مسلما أو العبد حراً قتل به، ويقتل اليهودي بالنصراني والنصراني باليهودي، والكفر في ذلك ملة واحدة، ودماء بعضهم مكافئة لدم بعض.

وإذا قتل ذمى ذمياً ثم اسلم القاتل لم يسقط عنه القود، وكذلك العبد إذا أعتق وقد قتل عبداً، وإذا جرح الكافر مسلما أو قطع طرفه لم يقتص منه وكانت له الدية عليه، وقد قال[5]: يجتهد السلطان في ذلك، ويحتمل على هذه الرواية القود، وإذا جرح العبد حرا أو قطع يده لم يستقد منه، ويحتمل على ما قدمناه أن يقاد منه وهو صحيح.

ودم المرأة مكافئ لدم الرجل وإن تفاضلا في الديات، وجرحها مكافئ لجرحه فيقتص للرجل من المرأة وللمرأة من الرجل في النفس وما دونها من

(1) في (م): بتكافئ.
(2) في (ق): ولم يبق.
(3) في (ق): الواجبة.
(4) المسلم: سقطت من (م).
(5) يعني الإمام مالك.

الأطراف والجراح، ويقتل الرجل بالمرأة وبجماعة النساء وتقتل المرأة بالرجل وبجماعة الرجال، ولا يجب أخذ شيء من الدية ولاردها.

ودماء العبيد متكافئة وتقتل منهم الجماعة بالواحد والواحد بالجماعة، والقصاص جارٍ بين الأقارب كجريه بين الأجانب يقتص للأخ من أخيه، ولابن الأخ من عمه وللعم من ابن أخيه، وكذلك الأقرباء سوى الأب فإنه إن قتل ابنه حذفا[1] فادعى أنه أراد أدبه وأشبه أن يكون كما ادَّعاه فلا قود عليه وتلزمه الدية مغلطة في ماله، وأما إن أضجعه فذبحه أو شق جوفه أو فعل به فعلاً يعلم أنه عمد به قتله به فإن عليه القود له إذا تكافأت دماؤهما، ولو قال في الحرب أو ما يقبل معه ادعاؤه إرادة غير العمد أني تعمدت به قتله قتل به، وحكم الأم والجد في ذلك بحكم الأب، وقال أشهب: لا يقتل أب بابن وعليه الدية، ومن تعمد قتل امرأته أو جرحها اقتص لها منه[2].

فصل [1. في كون تكافؤ الدماء معتبر القصاص]

وإنما قلنا: إن تكافؤ الدماء معتبرة في القصاص؛ لقوله ﷺ: "**المؤمنون تتكافأ دماؤهم**"[3]، ولإجماعهم على منع قتل المسلم بالمعاهد والمستأمن، وللاتفاق على وجوب اعتبار ذلك[4].

---

(1) حذفا: أي قطعا (المصباح المنير: 126).

(2) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (872/2)، المدونة: (444/4)، التفريع: (216/2)، الرسالة: (238-239)، الكافي: (587)، المقدمات: (337/3).

(3) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب: في السرية ترد على أهل العسكر: (183/3) وابن ماجة في الديات، باب: المسلمون تتكافأ دماؤهم: (895/2)، والنسائي في القسامة، باب: القود بين الأحرار والمماليك: (19/8)، والبيهقي، وأحمد: (211/2)، والحاكم: (141/2)، وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(4) انظر: بداية المجتهد: (418/8)، المغني: (652/7).

فصل [2. في منع قتل المسلم بالكافر]

وإنما منعنا قتل المسلم بالكافر، خلافاً بأبي حنيفة[1]، لقوله ﷺ: "المسلمون تتكافأ دماؤهم"[2] فدلَّ على أن دماء غيرهم لا تتكافأ، وقوله: "وهم يد على من سواهم"[3]، وقوله: "لا يقتل مسلم[4] بكافر"[5] وهذا نص، ولأنه ناقص بالكفر كالحربي والمستأمن.

وإنما قلنا: لا يقتل حر بعبد، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يقتل بعبد غيره[6]، ولداود في قوله: إنه يقتل بعبد نفسه وعبد غيره[7]، لقوله ﷺ: "**لا يقتل حر بعبد**"[8]، ولأنه ناقص بالرق، ودليله إذا كان مملوكاً لقاتله، ولأنه نوع من القصاص فلم يستحقه العبد على الحر كالأطراف.

وإنما سوينا بين العبد والمدبر والمكاتب وأم الولد لبقاء أحكام الرق فيهم، وذلك يمنع تساوي الحرم؛ ولأن أحكام الرق أغلب عليهم بدليل نقصان طلاقهم وحدودهم ومنعت شهادتهم فذلك في نفي القصاص.

وإنما قلنا: إن الكافر يقتل بالمسلم والعبد بالحر لأن دم الأعلى يكافئ دم الناقص ويزيد عليه فإذا قتل الناقص[9] بالأعلى فلم يؤخذ منه زيادة على ما كان يلزمه به.

---

(1) انظر: مختصر الصحاوي: (230)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (144/3).
(2) سبق تخريج الحديث قريبا.
(3) هو جزء من الحديث السابق.
(4) في (م): مؤمن.
(5) أخرجه البخاري في الديات، باب: لا يقتل المسلم بالكافر: (47/8).
(6) انظر: مختصر الطحاوي: (230)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (144/3).
(7) انظر: المغني: (658/7).
(8) أخرجه الدارقطني: (133/3)، والبيهقي: (35/8)، والحديث فيه جويبر وغيره من المتروكين (انظر تلخيص الحبير: (16/4).
(9) في (م): فإذا قيل القصاص.

وإنما قلنا: إن سائر أنواع الكفار يقاد لبعضهم من بعض فلتساويهم غي النفس بالكفر كأنواع العبيد في تساويهم في النقص بالرق[1].

فصل [3. في كون إسلام الذمى لا يسقط عنه القود]

وإنما قلنا: إن إسلام الذمي لا يسقط عنه القود خلافاً للأوزاعي[2]، وكذلك العبد إذا قتل عبداً ثم أعتق القاتل؛ لأنه حق لأدمي طريقة الحد كسائر الحقوق؛ ولأن الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها.

ووجه القول بأن المسلم لا يقتص من الكافر والحر لا يقتص من العبد في الجراح أن العضو الذي يقطعه ليس بمكافئ لأعضاء المسلم والحر فكان كيد الأشل إنها لا تقطع بيد الصحيح، ووجه ثبوت القصاص اعتباره بالنفس.

وإنما قلنا: إن الرجل والمرأة يجري القصاص بينهما، لقوله تعالى: ﴿ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ﴾[3]، وقوله ﷺ: "**لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاثة أشياء**[4]: **فذكر أو قتل نفس بغير نفس**"[5]، ولأنهما شخصان متساويان في الحرمة والدين كالرجلين والمرأتين.

فصل [4. وجه عدم مساواة دية المرأة للرجل وثبوت القصاص بينهما في الأطراف وقتل الجماعة بالواحد وقتل الوالد بالولد]

وإنما قلنا: إنه لا يزاد بينهما في الدية[6]، خلافاً لقول من يقول: إن الرجل إذا قتل المرأة رد أولياء المرأة نصف دية الرجل[7]، لأنه شخص يجب له

---

(1) بالرق: سقطت من (ق).
(2) انظر: المغني: (653/7).
(3) سورة المائدة:، الآية: 45.
(4) أشياء: سقطت من (م).
(5) أخرجه بمعناه: البخاري في الديات، باب: قوله تعالى:(النفس بالنفس): (83/8)، ومسلم في القسامة: باب: ما يباح به دم المسلم: (13.2/3).
(6) في (م): الذمة.
(7) يروى هذا عن الإمام علي (رضي الله عنه)، كما روي عن الإمام أحمد والحسن وعطاء (انظر المغني: (679/7).

القصاص على شخص فالتفاضل في الديات لا معتبر به كالجماعة بالواحد، وإنما قلنا: إن القصاص جار بينهما في الأطراف وما دون النفس خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن يد الرجل لا تقطع بيد المرأة ولا يد المرأة بيد الرجل[1]، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[2] ، ولأنه نوع من القصاص كالقتل، ولأن كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس فكذلك فيما دونه كالرجلين والمرأتين..

وإنما قلنا: إن الجماعة تقتل بالواحد، خلافاً لداود في قوله لا قصاص في ذلك[3]، لقوله ﷺ : "**العمد قود كله**"[4]، وقوله: "**من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا**"[5] فعم؛ ولأنه إجماع الصحابة وروي عن عمر – رضي الله عنه– أنه قتل سبعة بواحد وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به[6]، وعن علي أنه قتل ثلاثة بواحد[7]، وعن ابن عباس أنه قال: تقتل مائة بواحد[8]، ولا مخالف لهم، ولأن كل حد وجب للإنسان على غيره إذا انفرد بموجب فإنه يجب عليه إن شارك[9] فيه، أصله حد[10] القذف.

وإنما قلنا: يقطع أطراف الجماعة بطرف إذا اشتركوا في قطعه خلافاً لأبي حنيفة[11]، لأنها جناية[12] لو انفرد بها الواحد لزمه القصاص فإذا اشترك فيها الجماعة نلزمهم القصاص كالقتل..

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (231)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (147/3).
(2) سورة المائدة، الآية: 45.
(3) انظرك المحلى: (21/)، والمغني: (271/7)، وهو أحد قولي الإمام أحمد قول الزهري وابن سيرين وربيعة وابن المنذر، وغيرهم.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) أخرجه البخاري في الديات، باب: إذ أصاب قوم من رجل: (8/)، ومالك: (871/2).
(7) أخرجه البهيقي: (41/8).
(8) أخرجه عبد الرزاق: (479/9)، وكنز العمال: (86/15).
(9) في (ق): وإن انفرد.
(10) حد: سقطت من (م).
(11) انظر: مختصر الطحاوي: (231)، مختصر القدورى- مع شرح الميدانى: (151/3).
(12) جناية: سقطت من (م).

وإنما قلنا: إن القصاص جار[1] بين الأقارب فلأن القربى لا تمنع تكافؤ الدماء، وهو العلم على وجوب القصاص..

وإنما قلنا: إن الأب إذا تعمد قتل ابنه قتل به لعموم الظواهر[2]، ولأنهما شخصان متكافئان في الحرمة والدين فكان القصاص جارٍ بينهما كالأجانب.

وإنما قلنا: إذا ادعى أنه أراد أدبه ولم يرد قتله فإنه يقبل[3] منه إذا أشبه لأن العادة جارية بتبسط الآباء على الأبناء[4]، وطلب تأديبهم وربما تبسطوا عليهم بالسيف على عادة العرب في شدة الحمية مع كونهم غير متهمين عليهم، فإذا جاء من ذلك قتل علم أنه ليس من سببهم، وفي حديث عمر في الذي دفع إليه وقد قتل ابنه فهمَّ يقتله فقيل له: إنه لم يرد قتله وإنه كان من أعز الناس عليه وإنما أراد أدبه فقال: لو أعلم أراد قتله لقتلته به ثم ألزمه الدية[5]، وأجرينا الجد مجرى الأب لحرمة الأبوة وانتفاء التهمة.

فصل [5. في تغليظ الدية على قاتل ابنه وفي أن الزوج يقتل بزوجته]

إذا ثبت أنه لا قود عليه الدية مغلظة في ماله، وصفة التغليظ مذكورة في باب: الديات، وإنما قلنا: إن الزوج يقتل بزوجته لعموم الظواهر، والأخبار، ووجوب التكافؤ وانتفاء الشبهة كالأجانب.

---

(1) في (م): جائز.
(2) في (م): الظاهر.
(3) في (ق): يقتل.
(4) في (م): بينهم.
(5) أخرجه مالك في الموطأ: (867/2)، وعنه رواه الشافعي ومن طريقه أخرجه البيهقي: (38/8).

باب: في أنواع القتل

وطلب الدية من مستحق القتل

القتل نوعان: عمد وخطأ، وقد اختلف عنه في نوع ثالث وهو شبهة[1] العمد فعنه فيه روايتان: إحداهما إثباته والأخرى نفيه[2]:

ووجه إثباته وهو قول أبي حنيفة والشافعي[3] لقوله ﷺ: "ألا القتيل العمد الخطأ قتيل السوط والعصى ففيه مائة الإبل أربعون منها خلفة[4] فأثبت شبه العمد؛ ولأن شبه العمد ما قد أخذ شبهاً من العمد وشبهاً من الخطأ فلم يكن له حكم أحدهما على التجريد، فشبهه بالعمد قصده إلى الضرب بما لا يقتل مثله غالبا، وشبهه بالخطأ أنه لم يقصد القتل، فوجب أن يكون له حكم بين الحكمين.

ووجه نفيه قوله تعالى: ﴿**وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا**﴾[5]، وقوله: ﴿**وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا**﴾[6] فذكر الخطأ والعمد المحضين[7] ولم يذكر ثالثا، ولأن العمد معنى معقول وهو قصد الفاعل إلى الفعل والخطأ معنى

---

(1) في (م): شبه.
(2) انظر: المدونة: (33/4)، التفريع: (217/2)، الرسالة: (238)، الكافي: (587-594).
(3) انظر: مختصر الطحاوي: (232)، الإقناع: (164).
(4) أخرجه أبو داود في الديات، باب: في دية الخطأ شبه العمد: (711/4)، والنسائي في القسامة، باب: دية شبه العمد: (713/4)، وابن ماجة في الديات، باب: دية شبه العمد: (877/2)، وصححه ابن حبان وقال ابن القطان: ولا يضره الاختلاف (أنظر تلخيص الحبير: 15/4).
(5) سورة النساء، الآية: 92.
(6) سورة النساء، الآية: 93.
(7) في (م): الخطأ المحض والعمد المحض.

معقول وهو ما يكون عن غير قصد، ووجه الواحد بالوصفين يمتنع فلم يجز إثباته.

اختلف عن مالك في مستحق القتل فعنه فيه روايتان[1]: إحداهما أنه القود فقط ولا تجب الدية إلا بالتراضي، والأخرى أن المستحق بالتخيير بين القود والدية، والأول مذهب أبي حنيفة[2]، والثانية مذهب الشافعي[3]: فوجه الأول قوله ﷺ: "العمد قود كله"[4]، وقوله "كتب الله قصاص"[5]، ولأنه معنى موجب للقتل فلم يستحق به التخيير بينه وبين المال أصله الزنا مع الإحصان.

ووجه الثانية قوله ﷺ: "**من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذوا الدية**"[6]، ولأنه قود سقط بالعفو فوجب أن تثبت الدية فيه أصله إذا عفى بعض الأولياء، ولأن للنفس بدلين: القود والدية فلا يستحق على ولي الدم الاقتصار على أحدهما، كما لو قتل له عبد لكان مخيراً إن شاء قتل له قاتله إذا كان ممن يقتل به، وإن شاء استرقه.

فصل [1. الواجب في القتل الخطأ المحض وفي شبه العمد]

فأما الخطأ المحض فالواجب به الدية لا خلاف[7] والأصل فيه[8] وقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ

(1) انظر الموطأ: (872/2)، المدونة: (432/4)-433)، التفريع: (216/2)، الكافي: (690).
(2) انظر: مختصر الصحاوي: (232)، مختصر القدوري- مع شرح المدياني: (141/3).
(3) انظر: الأم: (9/7)، مختصر المزني: (239)، الإقناع: (162).
(4) سبق تخريج الحديث في الصفحة: (1299).
(5) أخرجه البخاري في التفسير، باب:(كتب عليكم القصاص): (153/5)، ومسلم في القسامة، باب: إثبات القصاص في الإنسان: (1302/3).
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) لا خلاف: سقط من (م).
(8) انظر المغني: (651/7)، فتح الباري: (179/12).

﴿ أَهۡلِهِۦٓ ﴾[1]، وأما شبه العمد إذا أثبتناه وهو قتل الأب لابنه على وجه الشبهة فالواجب به دية مغلظة ويأتي ذلك فيما بعد.

فصل [2. في الآلة التي يقتل بها غالبا]

كل آلة يقتل بها غالبا فالقود واجب بها كالمحدد[2] والمثقل مثل: الرمح والسيف وسائر أنواع السلاح[3]، والمثقل كالحجارة والصخر والخشب والسندان الحديد وما أشبه ذلك، وما يقتل فزعه كالنار والماء، وكذلك صفات القتل من الذبح والشذخ[4] والخنق وإصابة المقتل[5] وشدة الضغط وإمساك النفس وعصر الأنثيين وغير ذلك مما يعلم أن عامده قصد به القتل، كل ذلك واجب به القود، والأصل في هذه الجملة قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ﴾[6]، وقوله: ﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ ﴾[7]، وقوله ﷺ: "العمد قود كله"[8]، وقوله: "إن شاءوا قتلوا"[9]، ولأنه لا خلاف في وجوب القود بقتل السيف[10]، وكذلك سائر الآلات.

فصل [3. القود من المثقل]

ويقاد من المثقل[11] خلافا لأبي حنيفة[12]، لما روي أن يهودياً رضخ رأس امرأة من الأنصار فأدركت وبها رمق فذكر لها اليهودي فأشارت أن نعم

---

(1) سورة النساء، الآية: 92.
(2) في (م): كالمحدود.
(3) في م: وسائر المحدودات.
(4) الشذخ: يقال شدخت رأسه إذا كسرته وكل عظم أجوف إذا كسرته فقد شذخته (المصباح المنير: 307).
(5) في (م): المقاتل.
(6) سورة البقرة، الآية: 178.
(7) سورة البقرة، الآية: 194
(8) سبق تخريج الحديث.
(9) سبق تخريج الحديث.
(10) انظر: بداية المجتهد- مع الهداية شرح أحاديث الهداية: (8/415-439)، المغني: (7/637).
(11) انظر: المدونة: (4/433)، الكافي: (478-488).
(12) انظر: مختصر الطحاوي: (232)، مختصر القدوري – مع شرح الميداني: (141).

فاعترف فأمر النبي ﷺ فرضخ رأسه بين حجرين[1]، ولأنها آية يقصد بها القتل غالبا كالمحدد.

فصل [4. حكم الصبيان وا لمجانين إذا قتلوا]

لا قود على الصبيان ولا على المجانين[2]، لقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث: فذكر الصبي حتى يحتلم[3]، والمجنون حتى يفيق"[4]، ولا خلاف في ذلك[5]، وإن قتلوا خطأ على وجه يعلم ذلك منهم فالدية على عواقلهم، فأما إن تعمدوا فعمدهم عندنا خطأ[6]، خلافاً للشافعي في أحد قوليه إن عمدهم عمد[7]، وفائدة ذلك القول بأن عمدهم عمد تجب الدية في أموالهم، فإذا قيل إن عمدهم[8] خطأ تجب على عواقلهم، ودليلنا أن عمدهم خطأ قوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث..."[9]، لأن قصد الصبي لا حكم له فكان كخطأ البالغ.

فصل [5. إذا اشترك في القتل من يجب عليه القود ومن لا قود عليه]

إذا اشترك في القتل من يجب عليه القود ومن لا قود عليه: كالعامد والمخطئ، والبالغ والصغير، والعاقل والمجنون: قتل من يلزمه القود وكان على الآخر بقسطه من الدية[10]، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا قود على العامد في ذلك[11]، ودليلنا قوله "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا

---

(1) أخرجه البخاري في الديات: باب: من أقاد بالحجر: (38/8)، ومسلم في القسامة في القصاص في القتل بالحجر: (1299/3).
(2) انظر: المدونة: (481/4)، التفريع: (217/2)، الرسالة: (238)، الكافي: (592).
(3) في (م): حتى يبلغ.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) انظر: المغني: (664/7).
(6) انظر: المدونة: (481/4)، التفريع: (217/2)، الرسالة: (238)، الكافي: (592).
(7) انظر: الأم: (25/6)، مختصر المزني: (227)، المهذب: (174/2).
(8) عمدهم: سقطت من (م).
(9) سبق تخريج الحديث في الصفحة (262).
(10) انظر: الكافي: (588-589).
(11) انظر: مختصر الطحاوي: (231)، الإقناع: (162).

قتلوا"[1]، وقوله "العمد قود كله"[2]، ولأنه قاتل عمد كالمنفرد[3]، ولأن الاشتراك في القتل لا يغير الجنس الواجب في الانفراد أصله الاشتراك في العمد أو الخطأ.

فصل [6. في ما يجب على من لا قود عليهم]

وإنما قلنا: إن على الباقين نصف الدية اعتباراً بهم لو انفردوا.

فصل [7. القود من الممسك والسكران]

ومن أمسك رجلاً لغيره فقتله وهو يعلم أنه يريد قتله ظلماً فعليهما القود[4]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهم: لا قتل على الممسك[5]، لأنه أمسكه لمن يعلم أنه قاتله ظلماً بغير حق فأشبه إذا أمسكه على سبع حتى أكله أو على نار حتى احترق.

يقاد من السكران؛ لأنه غير معذور بزوال عقله، ولأن لأحكامه أحكام الصاحي في وقوع طلاقه، ولزوم قضاء الصلاة له، وحدِّه في الزنا والقذف فكذلك قود.

فصل [8. فيمن أكره غيره على قتل رجل ظلما]

ومن أكره غيره على قتل رجل ظلماً: فإن كان المأمور ممن يمكنه مخالفة الأمر ولا تلزمه طاعته قتل المأمور مباشر للقتل، وإن كان مكرهاً لا يمكنه مخالفته كالسلطان الذي يخاف من يخالف أن يقتله أو[6] يجري عليه مكروه لمخالفته قتلا جميعا وكذلك العبد مع سيده[7] ودليلنا على وجوب قتل

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): كالمنفرد.
(4) انظر: الكافي: (589).
(5) انظر: المبسوط: (128/26)، الأم: (30/6).
(6) في (ق): لم.
(7) انظر: الكافي: (589).

(المباشر أنه قاتل لغيره ظلماً فوجب أن يقاد به [.......][1] أصله غير مكروه، ودليلنا على وجوب قتل)[2] المكره إذا كانت تلزمه طاعته إذا اضطره إلى قتل غيره ظلما وأنه ألجأ إلى قتله فوجب أن يتعلق الحكم بالقتل[3] كالشاهدين زورا بالقتل ودليلنا على وجوب قتل المباشر إذا كان لا يمكنه المخالفة أنه قتله لاستبقاء نفسه[4] منه ظلما فأشبه إذا جاع فقتله وأكله ودليلنا على أن الآمر إذا كان ممن لا يلزم المأمور طاعته ولا قود عليه أنه لم يكن منه إلجاؤه إلى قتله كالدال.

اختلف عنه في النساء هل لهن مدخل في الدم أولا فعنه فيه روايتان[5]:

أحدهما أن لهن مدخلا فيه كالرجال، والأخرى أنه لا مدخل لهن إذا لم يكن في درجتهن عصبة..

فوجه الأولى قوله ﷺ: "**ومن قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا وإن شاءوا عفوا وأخذو الدية**"[6]فعم، وقوله: "**يحلف خمسون منكم**"[7]؛ ولأن القصاص لمستحق على استحقاق الميراث فوجب أن يثبت بتجميع الورثة كسائر الحقوق، واعتبارا بالرجال..

ووجه الثانية أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة ولسن من أهلها فلم يكن لهن مدخل في الولاية المستحقة وإذا قلنا: إن لهن مدخلا في ذلك ففي أي

---

(1) طمس في ق.
(2) ما بين قوسين: سقط من (م).
(3) في (م): به.
(4) في (ق): لاستيفاء نفسه.
(5) انظر: الرسالة: (236)، الكافي: (591).
(6) سبق تخريج الحديث (1299).
(7) أخرجه البخاري في الديات، باب: القسامة: (42/8)، ومسلم في القسامة، باب: القسامة: (1291/3).

شيء لهن مدخل روايتان: إحداهما في القود دون العفو لأن العفو إسقاط الحق وليس لهن ذلك، والأخرى في العفو دون القود[1].

فصل [9. في ولاية الدم إذا كان بعض العصبة أصاغر وبعضهم أكابر]

إذا كان بعض العصبة أصاغر وبعضهم أكابر فإن ولاية الدم للأكابر العقلاء إن شاءوا اقتصوا وإن شاءوا عفوا[2]، خلافاً للشافعي[3]؛ لأنهما ولاية مستحقة بالتعصيب فلا مدخل للصغير والمجنون فيها، أصله ولاية النكاح، ولا يلزم عليه الغائب: لأن الغيبة لا تقطع ولايته.

فصل [10. في عدم القود والعقل إلا بعد اندمال الجرحي]

لا يستقاد ممن جرح ولا يعقل إلا بعد اندماله خلافاً للشافعي في قوله[4]: يستقاد[5] في الحال منه[6]؛ لما روي أنه ﷺ: نهى عن الجرح ليستقاد منه حتى يندمل[7]؛ ولأنه قد يؤول إلى النفس فيعاد القود ثانية وذلك خروج عن المماثلة؛ ولأن المقتص منه يموت قبل الجاني، وربما تلف وبرأ الجاني فيكون في ذلك تلفا[8] للقصاص وذلك غير جائز.

فصل [11. حكم القاتل يلجأ إلى الحرم]

ومن قتل في الحرم أو الحل ثم يلجأ إلى الحرم قتل فيه ولم يؤخر إلى الحل[9]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يقتل في الحرم إذا لجأ إليه ولكن يضجر ويلجأ

---

(1) انظر: الرسالة: (326)، الكافي: (591).
(2) انظر: المدونة: (490/4)، الكافي: (591).
(3) انظر: الأم: (10/6)، مختصر المزني: (239).
(4) انظر: الرسالة: (237)، الكافي: (592-593).
(5) في (م): أنه يقاد.
(6) انظر: الإقناع: (163)، المهذب: (186/2).
(7) أخرجه البيهقي: (67/8)، وابن أبي شيبة: (369/9)، والطحاوي وهو مرسل (انظر: نصب الراية: (377/4).
(8) في (م): سلفا.
(9) انظر: التفريع: (217/2)، الكافي: (592).

إلى الخروج منه[1]؛ لقوله ﷺ: "**إن شاءوا قتلوا**"[2] ولم يفرق، ولأن كل موضع جاز استيفاء القصاص فيه إذا كانت الجناية فيه جاز استيفاؤه فيه وإن وجبت[3] في غيره كالحل، ولأنه قصاص لو وجد سببه في الحرم جاز استيفاؤه فيه فإذا وجد في الحل جاز استيفاؤه في الحرم كالأطراف.

فصل [12. إذا جرح رجلا ثم قتله]

إذا جرح رجلا ثم قتله أو قتل غيره قتل ولم يجرح إلا أن يكون مثَّل به فإنه يفعل به مثل ما فعله ثم يقتل[4]، وقال أبو حنيفة والشافعي يجرح ثم يقتل[5]: ودليلنا أن ما دون النفس يدخل في النفس؛ لأن القتل يأتي عليه لأن الغرض بالقصاص: إما أن يكون التشفي أو إبطال العضو الذي أتلفه على المجروح وأي ذلك كان فحصوله بالقتل أبلغ فأما إذا مثَّل به فإنه يمثَّل به ثم يقتل، لأن التمثيل مقصود بالقصاص منه ليقع الارتداع عن مثله فلا يدخل في القتل كما لم يدخل فيه الجراح الذي لم يقصد به التمثيل، كما يقول إن من وجب عليه جلد وقتل فإنه يقتل ولا يجلد إلا أن يكون الجلد وجب للفرية بالجلد حينئذ زوال المعرة عن المقذوف وذلك لا يكون إلا بجلد القاذف.

فصل [13. في عدم ضمان السراية عن القصاص]

السراية عن القصاص غير مضمونة[6] خلافاً لأبي حنيفة[7]؛ لأنه قطع استحق عليه بسبب كان منه فلم يضمن كالقطع في السرقة.

---

(1) انظر: حاشية ابن عابدين: (3/163-253)، (5/352).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): وإن وجب.
(4) انظر: التفريع: (2/218).
(5) انظر: مختصر الطحاوي: (235)، مختصر المزني: (241).
(6) انظر الكافي: (592).
(7) انظر: تحفة الفقهاء: (3/102)، المبسوط: (26/147).

فصل [14. إذا جرح فترامى الجراح إلى زيادة عليه ثم اندمل]

إذا جرح فترامى الجرح إلى زيادة عليه ثم اندمل فإن كان عمدا اقتص منه لجرحه الأول ثم ينظر به فإن بلغ إلى حيث بلغ جرح المجني عليه فقد استوفى حقه، وإن زاد عليه يضمن الزيادة، فإن نقص لم يقتص منه ثانية[1] ولكن يعقل له ما بينهما[2] وإنما قلنا: لا يقتص منه فيما ترامى إليه؛ لأن ذلك غير متعمد والقصاص لا يكون إلا في العمد، وإنما قلنا: إن الزيادة هدر لما قدمناه من أنها زيادة على قود مستحق عليه وإنما قلنا: إن قصر عن جرح المجني عليه لم يقد منه ثانية؛ لأنه[3] لا يستحق عليه قود فيما زاد على الجرح المباشر، وإنما قلنا: يعقل له ما بينهما لأنه نقص عن[4] جناية لا قود فيه فكان فيه الدية[5] كالخطأ.

فصل [15. في أقسام الجراح]

وأول الجراح **الدامية** وهي التي تدمي الجلد، ثم **الخارصة** وهي التي تشقه، ثم **السمحاق** وهي التي تكشطه، ثم **الباضعة** وهي التي تبضع اللحم، ثم **المتلاحمة** وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع، ثم **الملطاءة** وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف[6] العظم جلد رقيق، ثم **الموضحة** وكل ما ذكرناه قبلها[7]، فإن كان عمدا ففيه القود لعموم الظواهر، ولأن القصاص ممكن فيه من غير خوف غالب على النفس، وإن كان خطأ ففيه الاجتهاد وليس فيه دية مسماة:

---

(1) ثانية: سقطت من (م).
(2) انظر: الكافي: (592).
(3) في (م): لم.
(4) في (ق): بحق.
(5) فكان فيه الدية: سقط من (م).
(6) انكشاف: سقطت من (م).
(7) في (ق): قبل الموضحة.

فأما **الموضحة** التي توضح عن العظم فإن كانت في الرأس أو الوجه ففيها نصف عشر الدية، وإن كانت في سائر[1] الجسد ففيها حكومة وفي عمدها القود أين كانت، ثم **الهاشمة** وهي التي تهشم العظم ولا دية فيها، ثم **المنقلة** وهي التي تطير فراش العظم منها مع الدواء وفيها عشر ونصف عشر الدية إذا كانت في الوجه أو الرأس فإن كان في سائر الجسد فالاجتهاد، ثم **المأمومة** وهي التي تخرج إلى أم الدماغ وفيها ثلث الدية، وكذلك في **الجائفة** وهي التي تصل إلى الجوف[2].

فصل [16. أقسام الجراح من حيث المماثلة]

الجراح على ضربين:

ضرب يتأتى المماثلة فيه، وضرب لا يتأتى فيه، فما تتأتى فيه نوعان:

منه ما لا يعظم الخطر والخوف منه على النفس غالباً فالقصاص فيه واجب وذلك كالدامية وما بعدها إلى الموضحة وقطع الأطراف ونزع العين وغير ذلك من الأعضاء[3]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾[4] وقوله تعالى: ﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾[5].

ومنه ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه فهذا لا قصاص فيه لأن القصاص لو ثبت فيه لكان كالأخذ للنفس في مقابلة الجريح وذلك غير جائز، وقد اختلف في بعضها ونحن نبينه.

---

(1) سائر: سقطت من (م).
(2) انظر المدونة: (441/4)، التفريع: (215/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (599).
(3) انظر المدونة: (441/4)، التفريع: (216-251/2)، الرسالة: (237-238).
(4) سورة المائدة، الآية: 45.
(5) سورة المائدة، الآية:45.

فصل [17. فيما يجب في المأمومة والموضحة والجائفة]

أما المأمومة والموضحة والجائفة فلا أعلم خلافا من قول مالك ألا[1] قود فيها، ويدل عليه حديث العباس عن النبي ﷺ : أنه قال "**ليس في المأمومة ولا الجائفة ولا المنقلة قود**[2]" وهذا نص، ولأن الخطر فيها يعظم على النفس فيكون متى اقتصصنا منها قد أخذنا النفس بما دونها.

فصل [18. فيما يجب في المنقلة]

وأما المنقلة ففيها روايتان[3]: إحداهما وجوب القود، والأخرى سقوطه[4]: فوجه السقوط أن أمرها أخف من المأمومة لأن أكثر ما فيها رض العظم الذي كشفت عنه الموضحة وذلك لا يوجب التلف غالباً، وذكر مالك عن ربيعة[5] أن ابن الزبير أقاد منها[6]، ووجه نفى القود الخبر الذي رويناه، واعتبارا بالمأمومة لعلة عظم الخطر فيها.

فصل [19. في كسر الفخذ]

كسر الفخذ لا قود فيه من المتالف، فأما غير الفخذ ففيه روايتان[7]، وكل ذلك مبني على إمكان المماثلة، فإن فاتت فيه ولم يعظم الخوف على النفس[8] يجب القصاص، وإن اشتد الخوف فلم يجب.

---

(1) في (ق): أن.
(2) أخرجه ابن ماجة في الديات، باب: ما قود فيه: (881/2)، والبيهقي: (65/8)، وابن أبي عاصم وأبو يعلى وقال البيهقي أنه لا يثبت، وأثبته الحافظ الغماري الذي أخرج أحاديث بداية المجتهد بقوله أن ابن لهيعة تابع رشدين بن سعد كما عند ابن أبي عاصم وابن لهيعة عندي حديثه حسن إذا توبع، ولو من ضعيف كرشدين بن سعد ما لم يكن واهيا كذابا يسرق الحديث (انظر الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد: (451/8-453).
(3) انظر: الموطأ: (859/2)، التفريع: (215-216)، الرسالة: (238)، الكافي: (599).
(4) في (م): اسقاطه.
(5) ربيعة بن أبي عبد الرحمن: التيمي مولاهم، أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ ثقة فقيه مشهور، مات سنة ست وثلاثين ومائة على الصحيح (تقريب التهذيب: (9207، شذرات الذهب: (194/1).
(6) الموطأ: (859/2).
(7) انظر: المدونة: (441/4)، الكافي: (592)، المقدمات: (322/3).
(8) في (ق): النفوس.

فصل [20. سقوط القصاص فيما لا يتأتى فيه المماثلة]

فأما ما لا يتأتى فيه المماثلة فلا قصاص فيه؛ لأن معنى القصاص هو المماثلة فإذا عدمت خرج ما يفعله بالجاني عن أن يكون قصاصا فلم يجب، وتعذر المماثلة يكون بثلاثة أوجه:

أحدها بمعنى يعود إلى العقل كما يقول أصحابنا في الشلل وذهاب بعض ضوء العين والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان فهذا مما تتعذر المماثلة فيه في الظاهر..

والثاني أن تتعذر المماثلة لفقد المحل مثل أن يقلع أعمى عين بصير أو يضرب أصم أذن سميع فيذهب سمعه وما أشبه ذلك..

والثالث: تمنع لعارض المماثلة مع إمكانها قبل حصوله وهو أن يعفو بعض أولياء الجناية فيتعذر القود؛ لأنه لا يمكن استيفاء حقه على الانفراد، وهذا يتصور في القتل[1].

(1) انظر: الرسالة: (238)، الكافي: (592-593)، المقدمات: (322/3).

باب: في أنواع الدية

والدية[1] ثلاثة أنواع: إبل وذهب وفضة لا يؤخذ مما سوى ذلك من عروض ولا حيوان ولا غير ذلك، وموجبها ثلاثة أشياء: قتل الخطأ وقتل عمد وقتل شبه العمد، وهي من الإبل مائة، ومن الذهب ألف دينار، ومن الورق اثنى عشر ألف درهم، فأما دية الخطأ فهي خمسة أخماس: خمس بنات مخاض، وخمس بنات لبون، وخمس بنو لبون، وخمس حقاق، وخمس جذاع، وأما دية [فأرباع][*] بنات مخاض، وبنات لبون، وحقاق، وجذاع.

وأما شبه العمد فقد بيَّنا اختلاف قوله فيه، وأنه لا يثبت إلا في قتل الأب لابنه على وجه الشبهة دون العمد، ودية ذلك عنده وغيره من شبهة العمد إذا أثبته أثلاث: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة: وهي الحوامل..

وإذا وجبت مغلظة فإن وجبت على أهل الذهب والورق ففيها روايتان: إحداهما أنها لا تغلظ ولا تؤخذ منهم زيادة على ما يؤخذ في دية الخطأ والعمد، والأخرى أنها تغلظ وفي كيفية تغليظها روايتان:

إحداهما أنه يلزمه من الذهب أو الورق قيمة الإبل مغلظة ما بلغت ما لم ينقص عن ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم والأخرى أنه ينظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ فيحصل جزاء زائد على دية الذهب والورق[2].

(*) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: "أربع".

(1) الدية: مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدراً شرعاً لا باجتهاد (انظر: حدود ابن عرفة: 480).

(2) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (849/2)، المدونة: (432/4)، التفريع: (212/2)، الرسالة: (236)، الكافي: (595(596).

(وإنما قلنا: إن الدية مائة من الإبل؛ لقوله ﷺ في حديث عمرو بن حزم وغيره: "**أن في النفس مائة من الإبل**[1]"، ولا خلاف في ذلك[2])[3].

فصل [1. في قيمة دية النفس من الذهب]

وإنما قلنا: إنها من الذهب ألف دينار، والكلام فيه موضعين: أحدهما مع أبي حنيفة في قوله: إنها من الورق عشرة آلاف درهم[4]، والأخرى مع الشافعي في قوله: إن على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب والورق قيمة المائة من الإبل بالغة ما بلغت من غير اعتبار بألف دينار ولا باثنى[5] عشر ألف درهم[6].

فدليلنا على أبي حنيفة حديث عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أنه قوَّم الدية على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم[7]، وقد روي ذلك مرفوعاً من طريق عمرو بن حزم على ما ذكره بعضهم[8]، ولأنه تقويم للذهب والورق فيما طريقه الحد والإتلاف فوجب أن يكون كل دينار باثنى عشر درهما أصله القطع في السرقة. ودليلنا على الشافعي أن عمر- رضي الله عنه- قَوَّم الدية على أهل الذهب ألف دينار على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وذلك بحضرة المهاجرين والأنصار وقد روي مرفوعاً، ولأنه نوع من مال يجوز إخراجه في الدية فكان أصلا بنفسه كالإبل، ولأن الدية معنى جعلته الإبل فيها أصلا وكان الذهب والورق فيها أصلا كالزكاة.

---

(1) أخرجه النسائي في القود: (51/8)، ومالك: (845/2)، والحاكم: (397/1)، وقال صحيح الإسناد.
(2) انظر: بداية المجتهد- مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (457/8)، المغني: (759/7)، نيل الأوطار: (77/7).
(3) ما بين القوسين: سقط من (م).
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (232)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (153/3).
(5) دينار ولا باثنى عشر: سقطت من (ق).
(6) انظر: الأم: (105/6)، مختصر المزني: (244)، الإقناع: (164).
(7) أخرجه أبو داود في الديات، باب: الدية كم هي: (679/4)، ومالك: (850/2)، والرواية عن عمر منقطعة (انظر: نصب الراية: 361/4).
(8) البيهقي: (79/8).

وإنما قلنا: لا يؤخذ مما سوى هذه الأصناف خلافاً لأبي يوسف ومحمد في قولهما: يؤخذ من أهل البقر مائتا بقرة، ومن أهل الغنم ألف شاة، ومن أهل الحلل[1] مائتا حلة يمانية[2]، لما روي أنه ﷺ قضى في النفس بمائة من الإبل[3]، وهذا يوجب بعين ما يخرج فيه، ولأن الصحابة قوَّمت الإبل بألف دينار واثنى عشر ألف درهم فسلمناه للإجماع، ولم تقومه بغير هذين النوعين، ولأنه نوع من العروض فأشبه العبيد والعقار.

وإنما قلنا: إن دية الخطأ[4] أخماساً خلافً لأبي حنيفة في تفسير[5] الأخماس وجعله مكان بني لبون بني مخاض[6]، ولما روى سليمان بن يسار[7] أن النبي ﷺ أوجب في دية الخطأ أخماساً: فذكر عشرين بنى لبون[8]، ولأنه أنقص من بنات مخاض كالفصلان.

وإنما قلنا: إن دية العمد المحض أرباعا، خلافاً للشافعي في قوله: أثلاثاً كالمغلضة[9] لقوله ﷺ: "**وفي النفس مائة من الإبل**"[10] وظاهره لا يفيد أقل ما يتناوله الاسم، ولأنه أحد نوعي القتل معتبر بنفسه لا بغيره فلم يجب في ديته الحوامل كالخطأ ولا يلزم عليه شبه العمد لأنه مشبه بغيره.

---

(1) **الحلل:** جمع حله- بالضم- لا تكون إلا ثوبين من جنس واحد (المصباح المنير: 148).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (232)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (153/3).
(3) شبق تخريج الحديث قريباً.
(4) في (ق): الدية.
(5) في (م): تفصيل
(6) انظر: مختصر الطحاوي: (232)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (153/3).
(7) في (ق): ابن مسلم وسليمان بن يسار: الهلالي المدني مولى ميمونة وقيل: أن سلمة ثقة فاضل أحد الفقهاء السبعة من كبار الثالثة مات بعد المائة وقيل قبلها (تقريب التهذيب: 255).
(8) أخرجه الأربعة عن ابن مسعود وليس عن سليمان كما ذكره المصنف: ابو داود في الديات، باب: الدية كم هي: (677/4)، والنسائي في القسامة، باب: ذكر أسنان دية الخطأ: (879/2)، وابن ماجة في الديات، باب: الدية الخطأ: (879/2)، والترمذي في الديات في الدية كم هي من الإبل: (6/4).
(9) انظر: الأم: (101-105/6)، مختصر المزني: (244)، الإقناع: (164).
(10) شبق تخريج الحديث قريبا.

وإنما قلنا: في دية التغليظ إنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة للخبر الذي روي في التغليظ[1]، وكذلك في حديث عمر بن الخطاب: أنه أخذ الدية في قصة المدلجي الذي حذف ابنه مغلظة ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعون خلفة ودفعها إلى أخي المقتول[2].

فصل [2. في عدم تغليظ الدية على أهل الذهب والفضة]

ووجه قوله لا تغلظ على أهل الذهب والورق أن التغليظ ابتداء إثبات دية فلا يثبت إلا بسمع ولم يرد سمع إلا في الإبل؛ ولأن الصحابة لم تقوَّم دية التغليظ على أهل الذهب والورق وقوَّمت دية العمد والخطأ، ولأن التغليظ في الإبل[3] بالسن وهذا لا يتصور إلا في الإبل.

ووجه إثباتها أنه نوع يؤخذ في الدية فجاز أن يلحقه التغليظ كالإبل؛ ولأنه نوع من القتل فوجب أن يلزم دية أهل الذهب والورق بصفتها كالإبل أصله دم خطأ ووجه قوله في صفة التغليظ أنه بقيمة الإبل المغلظة أنه نقل[4] دية إلى دية فوجب أن يكون بقيمة المنقولة أصله دية الخطأ، ووجه قوله الآخر أن الألف دينار لما عدلت للمائة من الإبل في الخطأ وجب أن يكون القدر الزائد على دية الخطأ هو الزائد عليه في الذهب.

فصل [3. تغليظ الدية في الجراح]

وتغلظ[5] في الجراح كما تغلظ في القتل[6]، وصفة ذلك أن ينظر الواجب في الجرح من الدية: فإن كان نصفها أو ثلثها أو عشرها فتدفع إلى المجروح

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) الإبل: سقطت من (م).
(4) في (م): يقبل.
(5) في (م): والتغليظ.
(6) انظر: المدونة: (432/4)، التفريع: (214/2-215)، الرسالة: (237-238)، الكافي: (597).

على صفة التغليظ في الأصل، مثل أن يقطع أصبعه ففيها عشر الدية فيدفع إليه ثلاث حقاق وثلاث جذاع وأربع خوالف.

ما لا قود في عمده المحض من الجراح لا تغليظ فيه نص عليه عبد الملك، وذلك لأن التغليظ في الدية هو عوض عند سقوط القود فإذا كان القود غير واجب فلا وجه للتغليظ..

واختلف فيما يلزم بقتل الأب الذي لا يجب به قود من دية التغليظ على من يجب: فقال ابن قاسم تكون في مال الأب حالَّة، وقال أشهب وعبد الملك[1] تحملها العاقلة حالة[2]، فلابن قاسم أنها وجبت في غير خطأ لم تحملها العاقلة كالعمد المحض، (ولغيره أنها دية عن عمد فلا قود فيه، وإذا قلنا: إنها على القاتل حالَّة فلأن كل دية لزمت الجاني في ماله فإنها حالة كالعمد)[3]..

وإذا قلنا: إنها على العاقلة حالة فإنها لما تغلظت بالسن والصفة تغلظتها أيضا بالحلول، ولأن صفتها[4] أغلظ من الخطأ.

فصل [4. فيما تحمله العاقلة من الديات]

لا تحمل العاقلة إلا دية الخطأ المحض، ولا تحمل دية عمد ولا اعترافاً ولا صلحاً[5]، والأصل فيه أن كل جناية فإن بدلها يستوفى من الجاني، وأما الخطأ فإن العاقلة حملت ديته تخفيفاً عن الجاني ومواساة له لأنه لم يكن منه ما يوجب القود، والعمد طريقه التغليظ، وأما الاعتراف فإنه إقرار على الغير

(1) عبد الملك: سقط (م).
(2) انظر: التفريع: (212/2)، والرسالة: (236)، الكافي: (596).
(3) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(4) في (م): شبهها.
(5) انظر: المدونة: (443/4)، التفريع: (213/2)، الرسالة: (238)، الكافي: (594-595).

فلا يلزم العاقلة شيء منه، وكذلك الصلح هو ابتداء التزام شيء فلا يجب على العاقلة.

فصل [5. إذا أقر بقتل خطأ]

إذا أقر بقتل خطأ ففيها ثلاث روايات[1]: إحداهما أنه لا شيء عليه ولا على عاقلته؛ لأن دية الخطأ لا تلزم المخطئ وإنما تلزم العاقلة فكأنه مقر على غيره فلم يلزم شيء العاقلة بإقراره، والثانية أن إقراره لوث[2] يقسم معه الأولياء لأنه سبب تقوى دعواهم إذ لا يتهم فيه، والثالثة أن الدية تلزمه في ماله؛ لأنه اعتراف بالجناية وادعى أنها على وجه تلزم غيره فقبل منه اعترافه بها ولم يقبل منه ما يلزم غيره بإقراره، وهذا هو الصحيح.

فصل [6. في القدر الذي تحمله العاقلة من الدية]

وتحمل العاقلة ثلث الدية فصاعداً ولا تحمل ما دونه[3] خلافاً للشافعي[4]، لما رواه ربيعة أن النبي ﷺ عاقل بين قريش والأنصار فجعل على العاقلة ثلث الدية فصاعداً[5]، ولأن حمل العاقلة لذلك على وجه التخفيف عن الجاني والمواساة خيفة أن يجحف الأداء به، وهذا إنما يكون في الكثير دون القليل.

فصل [7. الاعتبار في ثلث الدية، وعدم حمل العاقلة دية من قتل نفسه]

اختلف في الثلث الذي يعتبر فيه[6]: فروى أشهب: أن الاعتبار بثلث دية المجروح خاصة، وروى ابن القاسم: أنه إذا بلغ ثلث دية المجروح أو الجاني

(1) انظر: المدونة: (485/4)، التفريع: (213/2)، الرسالة: (238)، الكافي: (595).
(2) لوث: بالفتح – البينة الضعيفة غير الكاملة (المصباح المنير: 560).
(3) انظر: المدونة: (443/4)، التفريع: (213/2)، الرسالة: (238)، الكافي: (594).
(4) انظر: الأم: (116/6)، مختصر المزني: (248)، الإقناع: (166).
(5) أخرجه البيهقي: (108/8)، وقال المحفوظ: أنه من قول سعيد بن المسيب وسليمان ابن يسار.
(6) في (م): به.

حملته العاقلة[1]، فوجه الأول أن الاعتبار فيما[2] يلزم الجاني بداية المجني عليه لا بالجاني، كما لو قتلت امرأة رجلا للزم بقتلها دية رجل، ووجه الثانية أن ثلث الدية يتعلق به حمل العاقلة أصله ثلث دية المجروح.

لا تحمل العاقلة من قتل نفسه عمدا ولا خطأ، خلافاً لمن حكي عنه أنه تحمل عنه الخطأ لأنها جناية منه على نفسه كالجناية عل ماله أو العمد؛ ولأن العاقلة تحمل عنه ما يحصل لغيره عليه تخفيفاً عنه، ولا يتصور للإنسان شيء على نفسه أو على غيره بجنايته عليها.

فصل [8. في تنجيم الدية على العاقلة]

وتُنَجَّم الدية على العاقلة في ثلاث سنين[3]؛ لما روي أن عمر وعلياً قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين[4]، ولم يخالف عليها أحد؛ ولأن العاقلة تحملها مواساة للجاني فيجب أن يخفف عنها وكانت في الأصل من الإبل وقد تكن وقت الوجوب حوامل فلا يجوز أن يكلفوا إذا حوامل[5]، وفي الثانية لوابن فوجب أن يؤجلوا ثلاث سنين ليجمع لهم ما يشترى به السن المؤقتة.

فصل [9. اختلاف القوم في تنجيم الدية]

واختلف في البعض فعنه في ذلك روايتان[6]: إحداهما أنه تؤخذ حالة ولا تنجم إلا الدية الكاملة، ووجهها اعتبارها بما دون الثالث، والأخرى أنه تنجم لأنه أرش جناية خطأ بلغ الثلث فأشبه الكاملة، وفي كيفية التنجيم روايتان: إحداهما النصف في سنتين لأنه أقرب إلى التخفيف، وليتكامل

---

(1) انظر: التفريع: (213/2)، الرسالة: (228)، الكافي: (594).
(2) في (م): به.
(3) انظر: التفريع: (13/2)، الرسالة: (238)، الكافي: (594).
(4) أخرجه البيهقي: (109/8، 110).
(5) في دفع الحوامل.
(6) انظر: التفريع: (213/2)، الكافي: (594).

وضع الحوامل والثلث في سنة اعتباراً بتقسيط البعض على الجملة والثلثان في سنتين، والأخرى أنه يجتهد فيها على ما يرى.

فصل [10. في كون النساء والصبيان لا يحملون العاقلة]

ولا تحمل النساء ولا الصبيان؛ لأنها على العصبة الذين إليهم القيام بالدم والميراث والنصرة وليس لأموالهم حق، ولا لما يؤخذ من آحادهم حد، وإنما هو على الاجتهاد فمن لا قبيلة له عقل عنه المسلمون من بيت المال، ومن كانت نائية عن موضعه عقل عنه أقرب الناس إلى قبيلته، وتحمل جناية المرأة عصبتها وليس على ابنها شيء إلا أن يكون أبوه من عصبتها، وقد قيل: يحمل وإن كان أبوه أجنبياً[1]؛ لأن البنوة عصبة بنفسها كالميراث والنكاح.

(1) انظر في جملة هذه الأحكام: المدونة: (443/4)، التفريع: (/213)، الرسالة:(238)، الكافي: (594-595).

باب: من الديات

وفي العينين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية لورود النص بذلك، وفي حديث عمرو بن حزم: "وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي العين خمسون"[1] ، ولأن كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر فإن الدية تجب بإتلافه ومنافع هذه الأعضاء ظاهرة مقصودة كاملة[2]: وهي قوام البدن وعماد منفعته فباليدين البطش والتصرف والتمكن من الصناعات، والرجلان مشاركتان لليدين في النفع وإن انفردتا بنوع يخصهما من المشي والعدو والسفر ونفعهما لا خفاء به، والعينان منفعتهما أيضا كاملة وجمالهما ظاهر ولهما في النفع مزية[3] على سائر الأعضاء؛ لأن بمنفعة البصر يتمكن من جميع ما ذكرناه من التقلب في المعايش والتصرف والاحتيال، وفي الشفتين الدية لأن نفعهما كامل وجمالهما ظاهر[4].

فصل [1. وجوب الدية في ثديي المرأة]

وفي ثديي المرأة الدية[5]؛ لأن منفعتهما مقصودة وهي الإرضاع وجمالهما ظاهر؛ لأنهما من المحاسن المطلوبة، والدية في ذهابهما أو بعضهما معتبرة بإبطال مخرج اللبن، وفي ثديي الرجل الاجتهاد؛ لأنه ليس فيهما نفع ظاهر، ولا جمال بيِّن.

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) كاملة: سقطت من (ق).
(3) مزية: سقطت من (م).
(4) انظر المدونة: (4/440-442)، التفريع: (2/214)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(5) انظر المدونة: (4/-437)، التفريع: (2/214)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).

فصل [2. وجوب الحكومة في الحاجبين وسائر الشعور]

وفي الحاجبين حكومة[1]؛ لأنهما زينة فقط بلا منفعة، وكذلك في سائر الشعر كأهداب العين واللحية[2]؛ لأن الدية لا تتعلق[3] بالجمال المنفرد عن المنفعة، وفي أشراف الأذنين روايتان: إحداهما الدية، والأخرى الاجتهاد، فوجه إيجاب الدية ما روي "وفي الأذن خمسون"[4]، ولأنهما عضوان منهما اثنان في البدن كاليدين، ووجه الحكومة أن نفعهما غير كامل؛ لأن السمع يقع بغيرهما وأكثر ما فيها مرسل[5] الصوت إلى السمع؛ ولأن جمالهما غير ظاهر تغطيهما القلنسوة والعمامة كما قال أبو بكر - رضي الله عنه -[6].

فصل [3. وجوب الدية في العقل]

وفي العقل الدية[7]، لأنه أشرف المنافع وأعلاها وما عداه من المنافع متعلق به، لأنه به يتمكن من التصرف في المعاش والمصالح، فكان أولى بوجوب الدية.

فصل [4. وجوب الدية في الأنف]

في الأنف الدية[8] إذا قطع مازنه[9]؛ لما روي في الحديث: "وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية"[10]، ولأنه عضو فيه نفع كامل وجمال ظاهر كالبصر، وإن قطع بعضه ففيه من الدية بحسابه، وإن أذهب الشم وحده ففيه الدية لأنها منفعة مقصودة كالسمع والبصر، وكذلك إن قطع الأنف وبقى الشم

---

(1) الحكومة: المراد بالحكومة الحكمان أكثر يحكمان بما يجب في هذه الجناية (الفواكه الدواني: 208/2).
(2) انظر: المدونة: (436،437/4)، التفريع: (215/2)، الكافي: (598).
(3) في (م): لا تنفرد.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (م): أخرس.
(6) أخرجه ابن أبي شيبة: (153/9).
(7) انظر: المدونة: (436/4)، التفريع: (214/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(8) انظر: المدونة: (436/4)، التفريع: (214/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(9) المارن: ما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه (المصباح المنير: 569).
(10) سبق تخريج الحديث.

ففيه الدية؛ وإن ذهبا معا في ضربة ففيهما دية واحدة؛ لأن أحدهما من الأخر، وقال بعض شيوخنا: القياس أن تكون فيهما ديتان: لأن كل واحد إذا انفرد بالذهاب كانت فيه فباجتماعهما لا تسقط.

فصل [5. وجوب الدية في السمع]

وفي السمع إذا ذهب الدية، فكذلك البصر لعظم منفعتهما، فإن ذهب[1] من إحدى الجهتين ففيها نصف الدية أعني أن البصر إذا ذهب في إحدى العينين ففيه نصف الدية[2]، والسمع إذا ذهب من إحدى الجهتين[3] ففيه نصف الدية، وإن ضربه فأذهب سمعه وبقي أذناه ففي ذهاب السمع الدية، وإن قطع أذنيه وبقي السمع ففيها الدية، وإن ذهبا في ضربة واحدة[4] ففيهما الدية، وقال شيخنا الذي حكينا عنه: القياس أن تكون فيها ديتان أو دية وحكومة على حسب اختلاف قوله في الأذنين، ووجه ذلك ما ذكرناه في ذهاب[5] الشم والأنف[6].

فصل [6. وجوب الدية في الصلب]

وفي الصلب[7] إذا كسر الدية[8]؛ لأنه يذهب به منفعة جليلة مقصودة يتمكن معها من التقلب في الصنائع والتصرف في المعاش فذهابه زمانة كقطع الرجلين، وذلك إذا آل إلى القعد، فأما إن قدر على القيام والمشي على قصر[9] ففيه الاجتهاد بحسابه من الدية إن عرف قدر النقص.

---

(1) في (م): ذهبا.
(2) ففيه نصف الدية: سقط من (م).
(3) في (م): الأذنين.
(4) في ضربة واحدة: سقطت من (م).
(5) ذهاب: سقطت من (ق).
(6) انظر الموطأ: (857/2)، المدونة: (436/4)، التفريع: (214/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(7) الصلب: المقصود به الظهر (الفواكه الدواني: 206/3).
(8) انظر: المدونة: (435/4)، التفريع: (215/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(9) في م: في تقصر.

فصل [7. وجوب الدية في اللسان]

وإذا قطع اللسان ما منع الكلام ففيه الدية، وإن ذهب بعضه ففيه الدية بحسابه[1]، لما روي في ذلك مرفوعا[2]، ولأن فيه منفعة كاملة مقصودة وجمالاً ظاهراً؛ لأن ضده الخرس الذي يتعذر معه التصرف في المعاش وغيره إلا على كلفة ومشقة، وفي ذهاب البعض بحسابه اعتباراً بذهاب المنافع التي تجب بذهابها الدية من السمع والبصر وغيرهما.

فصل [8. وجوب الدية في الذكر]

وفي الذكر الدية لما روي في الحديث، وكذلك الأنثيين فإن قطعا معا ففيهما ديتان، وإن قطع أحدهما بعد الآخر في ضربة واحدة ففيما ديتين، والأخرى أن في الأولى دية وفي الثاني حكومة[3].

وإنما قلنا: إن فيهما ديتين للجمال بهما والمنفعة الكاملة المقصودة، ووجه القول بأن فيهما ديتين، وإن قطع أحدهما بعد الأخر[4] في فور واحد قوله ﷺ : "وفي الذكر دية"[5] ولم يفرق، ولأن الفور الواحد يجري مجرى القطع الواحد، وأنه لم يسبق أحدهما الآخر، ووجه القول إن في الثانية[6] حكومة أن المتأخر منهما لا منفعة فيه بعد ذهاب الأول فأشبه أن يقطع بعد اندمال الأول.

(1) انظر المدونة: (434/4)، الرسالة: (327)، الكافي: (597).
(2) قوله "وفي اللسان الدية" في حديث عمرو بن حزم الذي سبق تخريجه.
(3) انظر: المدونة: (435/4)، التفريع: (215/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (598).
(4) في (م): دون الآخر وفي (ق): بعد الأول.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) في (م): الثاني.

فصل [9. في أقل ما يتعلق به الدية من قطع الذكر]

وأقل ما يتعلق به الدية من قطع الذكر ذهاب الحشفة؛ لأن المنفعة المقصودة بها تتعلق من اللذة وغيرها، وفي قطع بعضها بحسابها وما قطع بعد ذلك فبحسابه.

فصل [10. وجوب الدية في عين الأعور]

وفي عين الأعور الدية كاملة[1]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن فيها نصف الدية[2]، لأن في ذلك إجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن عمر[3] رضي الله عنهم[4]، ولا مخالف لهم، ولأن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو لأن من ضرب يد رجل فأشلها لزمته الدية، وكذلك لو قطعها فوجدنا منفعة البصر[5] تكمل لذى العين الواحدة إذ يدرك بها مثل ما يدركه ذو العينين أو قريبا منه، فإذا أتلف جميع منفعة البصر فكان كمتلف العينين.

فصل [11. فيما يجب في السن]

وفي السن خمس من الإبل[6]، لورود الخبر بذلك[7]، ومقدم الفم والأضراس لوقوع الاسم على الجميع[8]، وإذا ضربت السن فاسودت ففيها العقل لذهاب منفعتها، ثم إذا طرحت بعد ذلك ففيها العقل لذهاب الجمال بها كالأنف يضرب فيذهب الشم ففيه الدية، ثم إذا قطع بعد ففيه دية أخرى لذهاب الجمال به.

---

(1) انظر المدونة: (440/4)، التفريع: (215/2)، الرسالة: (327)، الكافي: (597).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (241)، الأم: (122/6).
(3) البيهقي: (94/8)، منصف ابن أبي شيبة: (196/9)، مصنف عبد الرزاق: (331/9).
(4) رضي الله عنهم: سقطت من (م).
(5) في (ق): المنفعة بالبصر.
(6) انظر: المدونة: (431/4)، التفريع: (215/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(7) قوله ﷺ: "وفي السن خمس من الإبل" في حديث عمرو بن حزم الذي سبق تخريجه في الصفحة (1320).
(8) في (م): على الجمع.

فصل [12. فيما يجب في الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة]

وإنما قلنا: في الموضحة نصف العشر؛ لقوله ﷺ: "**وفي الموضحة خمس من الإبل**"[1]، ولا خلاف في ذلك[2]، فإن برئت على شين[3]، فقال مالك: يزاد فيها بقدره؛ لأنه نقص حدث عن جناية كما لو كانت في الجسد، وقال أشهب: لا يزاد بها شيء[4]، ووجه ذلك قوله ﷺ: "في الموضحة خمس من الإبل"[5]، ولم يوجب زيادة عليه؛ ولأن المقدار إذا وجب فيها لم يكن بعد ذلك حكم، وإنما قلنا: إن في المنقلة عشر ونصف عشر الدية؛ لقوله ﷺ: "وفي المنقلة خمس عشر فريضة"[6] ولا خلاف في ذلك[7].

(وإنما قلنا: إن في المأمومة ثلث الدية وكذلك في الجائفة؛ لأن ذلك مروي في الحديث، ولا خلاف فيه)[8] ، وإنما قلنا: إن فيما دون الموضحة الاجتهاد وكذلك جراح الجسد والهاشمة لأن مقادير العقل لا تؤخذ بالقياس، وليس في ذلك شرع بتقدير فلم يبق إلا الاجتهاد..

ومعنى الحكومة والاجتهاد واحد وهو أن يقوَّم المجني عليه لو كان عبدا كم يساوي سليما لا جراح فيه فيقال مائة دينار[9] ثم يقَّوم وبه الجراح فيقال: ثمانين دينارا فيعلم أن الجناية قد نقصت خمس قيمته فيجعل ذلك جزءاً من ديته فيلزم الجاني خمس دية المجروح.

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) انظر: بداية المجتهد- مع الهداية تخريج أحاديث البداية: (490/8)، المغني: (43/8).
(3) أي على غير جمال.
(4) انظر الموطأ: (857/2)، المدونة: (434/4)، التفريع: (215/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (599).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) انظر: بداية المجتهد- مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (492/8)، المغني: (46/8).
(8) ما بين قوسين: سقط من (م).
(9) فيقال مائة دينار: سقطت من (ق).

فصل [13. عقل ما لا قود فيه من الجراح هل تحمله العاقلة؟]

عقل ما لا قود فيه من الجراح كالمأمومة والجائفة فيه ثلاث روايات:

إحداها أنه على العاقلة، والأخرى أنه في مال الجاني، والثالثة أنه يبدأ بمال الجاني فإن كان فيه وفاء وإلا كان الباقي على العاقلة، فوجه الأولى أنها جناية استحق المال بها بنفسها لمنع القود فيها فحملتها العاقلة أصله الخطأ، ووجه الثالثة أن هذا الجرح قد أخذ شبها من العمد وشبها من الخطأ ووجدنا شبهه بالعمد أكثر فوجب أن يبدأ بمال الجاني كما يفعل في دية العمد فإن وفَّى وإلا تمم من العاقلة لشبهه بالخطأ في منع أخذ القود[1].

فصل [14. فيما يجب في أصابع اليدين والرجلين]

وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل[2] لقوله ﷺ: "وفي كل أصبع مما هنالك[3] عشر من الإبل[4]"؛ ولأن في اليد الواحدة والرجل الواحدة[5] خمسون من الإبل، والدية تجب فيها بذهاب الأصابع فيجب أن يكون في كل أصبع عشرة، وفي كل أنملة ثلاثة أباعر[6] وثلث لأن الأنملة ثلثها ففيها ثلث ديتها إلا في الإبهام ففي كل أنملة خمس؛ لأنهما أنملتان فالأنملة منهما نصفها.

(1) انظر: المدونة: (434،435/4)، التفريع: (213/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (599).
(2) انظر: المدونة: (438/4)، التفريع: (215/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (598).
(3) مما هنالك: سقطت من (م).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) والرجل الواحدة: سقطت من (ق).
(6) أباعر: جمع بعير.

باب: في دية المرأة والكتابى والمجوسي والعبد

ودية المرأة على النصف من دية الرجل[1]؛ لقوله ﷺ: "دية المرأة على نصف من دية الرجل"[2]، وأما دية جراحها فإنها تساوي الرجل فيما دون ثلث الدية، ويرجع إلى حساب ديتها فيما زاد على ذلك وإذا قطع لها أصبع أو أصبعان أو ثلاثة أخذت ثلاثين من الإبل فإن قطع بها أربع أصابع أخذت عشرين بحساب ديتها.

وإنما قلنا: ذلك خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[3] لأنه إجماع أهل المدينة نقلا[4]، وقد أغلظ سعيد بن المسيب لربيعة بن أبي عبد الرحمن[5] لما سأله عن ذلك وحاجَّه من طريق المقايسة وقال أعراقي أنت لما قال له: أحين عظمت مصيبتها واشتد جراحها قلَّ عقلها فقال هي السنة[6]، ولأن كل إتلاف كان موجبه أقل من ثلث الدية فإن الأنثى تساوي الذكر فيه أصله دية الجنين.

---

(1) انظر: الموطأ: (854)، المدونة: (439/4)، التفريع: (216/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (596).
(2) أخرجه البيهقي: (95/8) وضعفه وروى موقوفاً على عليِّ مرفوعاً إلى النبي ﷺ.
(3) انظر: الطحاوي: (240)، الأم: (106/6).
(4) انظر: الموطأ: (854/2).
(5) بن أبي عبد الرحمن: سقطت من (ق) ومن (م).
(6) الموطأ: (860/2).

فصل [1. في دية الكتابي]

دية الكتابي نصف دية المسلم[1]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: مثل دية المسلم[2]، وللشافعي في قوله: ثلث دية المسلم[3]، فدليلنا على أبي حنيفة أن الديات موضوعة على التفاضل في الحرم ألا ترى النساء لما انخفضت حرمتهن عن حرمة الرجال نقصت دياتهن عن ديات الرجال، فالكافر أخفض حرمة من المسلم للنقص المانع من قول شهادته ومواريثه وإنكاحه للمسلمات والإسهام له في الغنيمة وغير ذلك، فكذلك يجب أن ينقص عنه في الدية، ولأنها بدل عن النفس فكان الكفر مؤثرا في نقصانها كالقصاص..

ودليلنا على الشافعي أن كل نوع نقصت ديته عن دية المسلم الذكر إلى جزء منه فإن ذلك الجزء هو النصف أصله دية المرأة المسلمة، ولأنه جزء تنقص الدية إليه فلم يجز أن يكون دون النصف اعتباراً بالربع.

فصل [2. في دية المجوسي]

دية المجوسي ثمان مائة درهم[4]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها مثل دية المسلم[5]: لأن عمر بن الخطاب حكم بذلك بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد وكان يكتب إلى عماله بذلك بحضرة المهاجرين والأنصار[6]، ولأن كل جنس لا يؤكل ذبيحته ولا تنكح نساؤه فلا يجب بإتلافه ما يجب بإتلافه المسلم أصله الوثني والمرتد.. ولأن قد بينا أن نقصان الحرم بالأديان يؤثر في نقصان الدية فلما كان الكتابي أخفض دية من المسلم نقصت ديته عن ديته كذلك المجوسي لما نقصت حرمته عن حرمة الكتابي وجب أن تنقص ديته،

(1) انظر: المدونة: (472/4، 479)، التفريع : (216/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (240)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (154/3)
(3) انظر: الأم: (105/6)، الإقناع: (164).
(4) انظر: المدونة: (480/4)، التفريع: (216/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (597).
(5) انظر: مختصر الطحاوي: (240).
(6) أخرجه البيهقي: (101/8).

وديات نساء أهل الكتاب والمجوس في نفوسهم وجراحهم على حساب ديات نساء المسلمين من رجالهم.

فصل [3. في دية العبد]

وفي قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت[1]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يبلغ به دية الحر[2]؛ لأنه مملوك فوجب أن يضمن في إتلافه بكمال قيمته كالبهائم والسلع، ولأنه نسب يضمن به العبد فوجب أن يضمن بكمال قيمته أصله اليد والعين.

فصل [4. فيما يجب في الجناية على العبد]

في كل جناية على العبد فيما دون النفس ما نقص عن قيمته إلا في الشجاج الأربع الموضحة والمنقولة والمأمومة والجائفة ففي كل واحدة من هذه بقيمته بقدر ما في الحر من ديته، ففي موضحة العبد نصف عشر قيمته وفي منقلته عشر ونصف عشر قيمته، وفي مأمومته ثلث قيمته، وكذلك للجائفة[3]، وقال الشافعي: في كل جناياته مثل ما في جنايات الحر من ديته[4].

وإنما قلنا: ذلك؛ لأنها جناية على مملوك أتلف جزءاً منه وأثرت نقصا فيه فوجب أن يكون فيها بقدر[5] ما نقص من قيمتها أصله البهائم، فأما الشجاج الأربع فإنما قلنا: إن فيها بقدر ما في الحر من ديته لأنها قد تبرأ على غير نقص فلو لم يجعل فيها بقدر ما في دية الحر من قيمة العبد لأدى

(1) أنظر: المدونة: (465/4)، التفريع: (211/2).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (243)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (168/3-169).
(3) انظر: المدونة: (465/4)، التفريع: (212/2).
(4) انظر: الأم: (104/6)، الإقناع: (166).
(5) بقدر: سقطت من (ق).

ذلك إلى بطلانها لأنه ليس هنالك نقص من القيمة يرجع إليه وسائر الجراح بخلافها لأنها تؤثر نقصا لا محالة.

فصل [5. في عدم تحمل العاقلة قيمة العبد]

ولا تحمل العاقلة قيمة العبد[1] إذا قتل خطأ[2] خلافاً للشافعي[3]؛ لأنهما إتلاف مال فلم تحمله العاقلة كالبهائم.

فصل [6. فيما يجب في ذكر الخصي وفي اليد الشلاء]

في ذكر الخصي الاجتهاد[4] خلافاً للشافعي[5]، لأن منفعته ناقصة لأنه لا ينزل ووطؤه ناقص ولزوجته الخيار إذا تزوجته فلم يستحق به كمال الدية، وكذلك في اليد الشلاء، لأن منفعتها معدومة وهي ميتة فلا يجب القصاص بها من الصحيحة، وكذلك العين القائمة.

فصل [7. إذا قتل عبد عبداً أو حراً]

إذا قتل عبد عبداً أو حراً فأولياء المقتول بالخيار إن شاءوا قتلوا[6]؛ لأن دمه مكافئ لدم العبد وناقص عن دم الحر، وإن شاءوا استرقوه لأن جنايته متعلقة برقبته فسيد القاتل بالخيار إن شاء أفتكه بأرش بالجناية وهي قيمة العبد المقتول أو دية الحر، وإن شاء أسلمه فصار ملكاً للمجني عليه.

وإنما قلنا: إنه مخير؛ لأن سيد العبد المقتول قد أسقط حقه من القصاص إلى أخذ بدل عن جنايته وهو غير مستحق للرقبة بنفس الجناية دون إسلام السيد إياها، والذي وجب له الأرش فإذا بذل له فقد سقط حقه من الرقبة

---

(1) انظر: المدونة: (447/4)، الرسالة: (240)الكافي: (595).
(2) خطأ: سقطت من (ق).
(3) انظر الأم: (27/6)، مختصر المزني: (274)، الإقناع: (166).
(4) انظر المدونة: (437،440/4)، الكافي: (593،598،600).
(5) انظر الأم: (12/6)، مختصر المزني: (246).
(6) انظر الموطأ: (863/2)، المدونة: (445/4)، التفريع: (216/2)، الكافي: (590).

فإن افتكه سيده بالأرش عاد إلى ملكه كما كان قبل الجناية، وإن امتنع أن يفديه لزمه إسلام رقبته وصار ملكاً للمجني عليه..

وإنما قلنا: ذلك لما قدمناه أن الجناية تعلق شيء[1] برقبته وجعل لسيده إفتكاكه وردِّه إلى ملكه فإذا لم يختر ذلك فقد رضي بتركه.

وقال أصحاب الشافعي: يخير سيد العبد القاتل بين أن يفديه بالأرش، أو يسلمه للبيع فيكون لسيد المقتول جميع ثمنه إن كان بإزاء الأرش، أو دونه وليس له شيء آخر إن كان الأرش أكثر من ثمنه، فإن زاد الثمن على الأرش كان له منه بقدر الأرش وكان الفاضل لسيده، وليس له أن يملك رقبته[2].

ودليلنا أن الجناية لا تخلوا أن تكون متعلقة برقبة العبد أو بمال السيد: فإن كانت[3] متعلقة بمال السيد وجب أن يؤخذ من سائر ما يملكه من العبد وغيره ولا يبطل بتلف العبد كسائر الجنايات وذلك باطل، وإن كانت متعلقة[4] برقبة العبد وجب أن يستحق الرقبة بدلا من أرش الجناية لتعلقها به؛ لأنه ليس معنى تعلقها بالرقبة أكثر من أن حق المجني عليه قد انتقل إليها فكان له أن يملكها[5] وإنما جعل للسيد إسقاطها عن الرقبة ببدل الأرش فإذا لم يفعل فقد اختار تسليمها.

فصل [8. في تضمين السائق والقائد والراكب]

السائق والقائد والراكب ضامنون بجناية الدابة[6]؛ لأن ذلك بتفريط منهم في إمساكها، أو حادث عن إثارتهم لها إلا أن يكون ما فعلته كان ابتداء لا

---

(1) شيء: سقطت من (م).
(2) انظر: الأم: (25/6)، مختصر المزني: (237)، الإقناع: (162).
(3) في (م): كان.
(4) في (م): تعلقه.
(5) في (ق): تملكه.
(6) انظر: الموطأ: (869/2)، المدونة: (501/4)، الرسالة: (239).

صنع لهم فيه فلا شيء عليهم منه ويكون ذلك هدراً لقوله ﷺ: "جرح العجماء جبار"[1] أي لا شيء فيه، وكذلك إذا كانت واقفة وحدها بحيث يجوز لصاحبها أن يقفها فأصابت إنساناً فهو هدر لا شيء فيه.

فصل [9. ما تلف في معدن أو بئر من غير فعل]

وما تلف في معدن أو بئر من غير فعل أحد فهو هدر[2] لقوله ﷺ: "البئر جبار والمعدن جبار"[3]، ولأن تلفه لا صنع لأحد فيه فكان هدراً.

فصل [10. إذا جرح عدة جراحات تجب فيها عدة ديات]

إذا جرح عدة جراحات تجب فيها عدة ديات فله جميع ذلك[4]؛ لأن كل جراحة قائمة بنفسها لا يسقط ما يجب بها بمشاركة غيرها لها إلا أن تصير نفسا فتجب الدية فيه ويسقط ما عداها وذلك إذا مات في الحال.

---

(1) أخرجه البخاري في الزكاة، باب: في الركاز الخمس: (137/2)، ومسلم في الحدود، باب: جرح العجماء والمعدن: (1334/3).
(2) انظر: الموطأ: (869/2)، المدونة: (510/4)، الرسالة: (239).
(3) هو جزء من الحديث السابق.
(4) انظر: الشرح الكبير- مع حاشية الدسوقي: (250/4).

باب: في حكم القسامة وصورتها

والحكم بالقسامة[1] واجب[2]، وصورتها: أن يوجد قتيل لا يعلم من قتله فيدعي أولياؤه الدم على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم ويكون معهم لوث يقوي دعواهم، واللوث: أمارة يغلب معها عند الظن صدقهم، فيحلف الأولياء، على ما يدعونه ويجب لهم في العمد القود، والدية في الخطأ ونحن نبين تفصيل ذلك.

فصل [1. إذا ادعى قوم أن دم المقتول لهم لا يعرف قتله عند رجل بعينه]

إذا ادَّعى قوم أن دم مقتول لا يعرف قتله عند رجل بعينه قتله عمداً ولا بينة لهم على ذلك والمدعى عليه ينكر: فإن كان معهم لوث حلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعداً من العصبة خمسين يميناً تردد الأيمان على عدد رؤوسهم واستحقوا[3] الدم فقتلوا أو عفوا.

واللوث هو أن يقول المقتول: دمي عند فلان عمداً إذا كان بالغا مسلما حرا عدلا أو فاسقا ذكرا كان أم أنثى، ومن اللوث الشاهد العدل يشهد[4] على رؤية القتل أو رؤية المدعى عليه بقرب المقتول عليه بيده سكين أو سيف وثيابه ملوَّث بالدم.

---

(1) القسامة: في اللغة الإيمان، وفي الاصطلاح: هي حلف خمسين يميناً أو جزءها على إثبات الدم (أنظر المصباح المنير: 5.3، حدود ابن عرفة – مع شرح الرصاع: 484).

(2) انظر الموطأ: (877/2)، المدونة: (494/4)، التفريع: (207/2)، الرسالة: (237)، الكافي: (601)، المقدمات: (301/3).

(3) في (ق): يستحفوا.

(4) في (م): شهيد.

فأما الشاهد الواحد والجماعة غير العدول والنساء ففيهم روايتان: إحداهما أن شهادتهم لوث، والأخرى أنها ليست بلوث، ومن أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثا فإذا وجد اللوث بدئ بأولياء الدم على ما بيّناه فحلفوا ولهم أن يستعينوا عن عصبة الميت بمن يحلف معهم، وإن لم تكن له ولاية في الدم مثل أن يترك بنين وإخوة وعمومة فالولاية للبنين: فإن شاءوا حلفوا وإن شاءوا أدخلوا معهم إخوة الميت وعمومته فخففوا[1] عنهم وحلفوا معهم، وإن كان ولي الدم واحدا لم يحلف وحده لكن يستعين من عصبته من يحلف معه، وإن كان[2] ولاة الدم خمسين حلف كل واحد يميناً واحداً، وإن زادوا على الخمسين ففيها روايتان: إحداهما يحلف خمسون فقط، والأخرى أنهم يحلفوا كلهم ويجبر كسر اليمين بإكمالها على من عليه أكثرها، وإذا نكل المستعان بهم من الأيمان لن يؤثر نكولهم.. وحلف أولياء الدم إن كانوا اثنين فصاعدا فإن نكل بعض ولاة الدم عن الأيمان وقد بقي اثنان[3] أو أكثر ففيها روايتان: إحداهما أن للباقين أن يحلفوا ويأخذوا أنصبائهم من الدية، والأخرى أن الأيمان ترد على المدعي عليه حلف سقطت الدعوى منه، وإن نكل ففيها روايتان: إحداهما (أنه يحبس إلى أن يحلف فإن طال حبسه خلي، والأخرى أن الدية تلزمه في ماله إذا أقسموا ثم عفى بعضهم سقط الدم وكان لمن لم يعف نصيبه من الدية، وهذا في الولد والإخوة رواية واحدة، وفي غيرهم من العصبة روايتان)[4]: إحداهما مثل هذا، والأخرى أن من نكل منهم على الأيمان حلف الباقون واستحقوا الدم..

(1) في (م): فحلفوا.
(2) في (م): كانوا.
(3) في (م): إنسان.
(4) ما بين قوسين: سقط من (ق).

ولم يقتل بالقسامة إلا واحد ويجلد الباقون كل واحد منهم مائة جلدة[1] ويحبس عاما، وكذلك قاتل العمد إذا عفى عنه، وإذا ادعى ولاة القتل على جماعة اختاروا واحداً يقسمون عليه ويقتلونه.

وإذا اختلف ولاة الدم في صفة القتل: فقال بعضهم: (خطأ وقال بعضهم: عمدا أقسموا على القتل وكانت لهم الدية، فإن قال بعضهم)[2] عمداً وقال الآخرون لا علم لنا بقتله لم يقسم أحد منهم، وإن قال بعضهم: خطأ، وقال الآخرون: لا علم لنا أقسم مدَّعو القتل وأخذوا حقوقهم من الدية، وقال شيخنا[3] أبو بكر: القياس ألا يقسموا، ولا قسامة في عبد ولا في أمة ولا ذمي ولا في الجراح[4] ولا في من وجد قتيلاً في محلة قوم.

وإذا اقتتلت قبيلتان[5] فوجد بينهما قتيل ففيها روايتان: إحداهما إن وجوده بينهما لوث يقسم معه الأولياء على من يدعون عليه قتله ويقتلونه، والأخرى أنه لا قسامة[6] فيه، فإن كان من إحدى الفريقين فعقله على الأخرى، وإن كان من غيرها فعقله عليهما، ويجلب في القسامة إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من كان من أعمالها دون ما زاد على ذلك..

والقسامة في الخطأ واجبة لورثة المقتول من الرجال والنساء يحلف فيها الواحد وحده العصبة وغير العصبة والزوج والزوجة، والأيمان على قدر

---

(1) جلدة: سقطت من (م).
(2) ما بين القوسين: سقط من (م).
(3) في (م): روينا عن.
(4) في (م): إخراج.
(5) في (م): فئتان.
(6) في: مقاسمة.

مواريثهم ويجبر كسرها على من عليه أكثرها، وإذا قال المقتول قتلني فلان خطأ[1] ففيها روايتان: إحداهما أنه لوث والأخرى أنه ليس بلوث[2].

فصل [2. في دليل وجوب العمل بالقسامة]

وإنما قلنا: إن الحكم بالقسامة واجب، لأن النبي ﷺ حكم بها على ما سنبينه، ولأن في ترك الحكم بها إضاعة الدماء لأن من يريد قتل غيره إنما يتعمد به مواضع الخلوات[3] التي يأمن فيها من يراه بالغالب، فلو لم يحكم فيها باللوث لم يشأ[4] من يريد قتل غيره ويأمن من أن يأخذ بع إلا وفعل من غير تعذر عليه في الغالب، وقد روي أن القسامة كانت في الجاهلية فأقرها النبي ﷺ[5]..

وإنما قلنا: إن أولياء الدم يبدؤون باليمين خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن الأولياء لا يحلفون وإنما الأيمان على المدعى عليهم[6] لقوله ﷺ للأنصار "أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم" قالوا لن نحضر قال: فتحلف لكم اليهود، فبدأ الأولياء فلما نكلوا عدل بها إلى المدعي عليهم"[7]، ولأن الأيمان[8] في الأصول تجب على أقوى المتداعيين سبباً والأولياء قد قوي سببهم باللوث الذي يغلب معه على الظن صدقهم فيه فكانت اليمين في جنبهم[9].

---

(1) أي قبل أن يموت يذكر من قتله.

(2) في جملة أحكام القسامة: انظر الموطأ: (877/2)، المدونة: (494/4)، التفريع: (217/2)، الرسالة: (234)، الكافي: (601)، المقدمات: (301/3).

(3) في (م): الخلو.

(4) العبارة بهذا اللفظ في المخطوطتين وكذلك في كتاب "الأشراف: 1992" ولعل أصل العبارة- كما قال محقق الأشراف- لكان ما من أحد يريد قتل غيره...إلخ.

(5) أخرجه مسلم في القسامة، باب: القسامة: (1295/3).

(6) انظر مختصر الطحاوي (248)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (172/3).

(7) أخرجه البخاري في الأحكام، باب: كتاب الحاكم إلى عماله: (120/8) ومسلم في القسامة، باب: القسامة: (1294/3).

(8) في (م): اليمين.

(9) في (ق): نسائهم وهو غلط.

وإنما قلنا: إن أقل من يحلف اثنان؛ أيمان الأولياء أقيمت مع اللوث مقام البينة فلما لم يكف في البينة شهادة واحدة فكذلك لا يكفي في الأيمان واحد، وكذلك روي في الحديث أنه ﷺ عرضها على الجماعة فقال: أتحلفون وتستحقون[1].

وإنما قلنا: إن الأيمان إلى العصبة في دعوى: دم العمد؛ لأنه ليس طريقها الميراث لأنها مستحقة بالنصرة والولاية كالنكاح فهو كذلك تُعقل عن القاتل عصبته دون سائر ورثته، وإنما قلنا: إن الأيمان خمسون يمينا لقوله ﷺ للأنصار: "يحلفون خمسين يميناً"[2]، ولا خلاف في ذلك[3]، وإنما قلنا: إن الأيمان ترد عليهم لأنا لو أحلفنا كل واحد خمسين لكانت أيمان القسامة أكثر من خمسين ولم تكن مقدرة وذلك غير صحيح.

وإنما قلنا: إنها على عدد الرؤوس لأنه ليس طريقها الميراث فيتساوون في كل الأحكام، وإنما قلنا: إنهم يستحقون الدم[4] إذ حلفوا خلافاً للشافعي في قوله: لا يستقاد[5] بها الدم[6]، وقوله ﷺ: "أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم"[7]، وروي: قاتلكم[8]، وقوله: "تقسمون خمسين يميناً على رجل منهم أدفعه إليكم برمته[9]"[10] ، ولأنها حجة ثبت بها قتل العمد[11] فوجب أن يستحق بها قتل[12] من ثبت عليه كالشهود.

---

(1) كما جاء في الحديث الذي روى قريباً.
(2) سبق تخريج الحديث قريباً.
(3) انظر المغني: (68/8).
(4) الدم: سقطت من (م).
(5) في (م): لا تشاط.
(6) انظر: الأم: (96/6، 92)، مختصر المزني: (251)، الإقناع: (167).
(7) سبق تخريج الحديث.
(8) هو في الصحيحين كذلك، انظر تخريج الحديث السابق.
(9) **برمته:** أي بجميعه وهو يطلق على كل ما لا ينقص ولا يؤخذ منه شيئاً (المصبح المنير: 240).
(10) هذا الحديث متفق عليه وقد سبق تخريجه.
(11) في (ق): بملكه.
(12) في (ق) مثل.

(وإنما قلنا: إنه لابد من لوث يحلفون معه لأن الأيمان في الأصل على المدعي عليهم لأنهم أقوى سببا، ولأنهم بريئون في الأصل فوجب اعتبار سبب تقوي به جنبة الأولياء ليتمكن نقل الأيمان إليهم دون مجرد الدعوى)[1].

فصل [3. لم كان قول المقتول في العمد دمي عند فلان لوثاً؟]

وإنما قلنا: إن قول المقتول في العمد دمي عند فلان لوث خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، لقوله تعالى:﴿ فَقُلْنَا اَضْرِبُوهُ بِبَعْضِهَا ﴾[3] والقصة معروفة في الرجل الذي قتله ابن أخيه ورمي أهل القرية بقتله فأمر الله تعالى بذبح[4] وبضرب المقتول ببعضها فإنه يحيي ويخبر بقاتله ففعلوا ذلك فحيي المقتول وقال: قتلني ابن أخي، فصار ذلك أصلا في قبول قول المقتول وتأثيره في الحكم بدمه، ولأن اللوث سبب ينضم إلى دعوى أولياء المقتول يقوي به دعواهم، وحال الموت حال تقرب إلى الله تعالى وإقلاع عن المعاصي وتوبة من الذنوب هذا الظاهر من المسلمين والعادة فيهم فلا يتهمون في الحال بتزويرهم عند ورودهم على الله، وقتل النفس[5] المحرمة وسفك الدماء المحظورة، ولأنه ليس أحد[6] أعدى للإنسان من قاتله فلا يجوز أن يظن به دعوى الدم وغيره.

وإذا ثبتت هذه الجملة كان قوله دمي عند فلان أمارة قوية في صدقه، فكان للأولياء أن يحلفوا معه، وإنما شرطنا: أن يكون بالغاً؛ لأن الصبي لا حكم لقوله ولا يقتل بدعواه، وشرطنا: أن يكون مسلما لأن الذمي لا

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) انظر المبسوط: (107/26- 108)، حاشية قليوبي وعميرة: (165/4)، المغني: (79/8).
(3) سورة البقرة، الآية 73.
(4) في (م) و(ر): أن تذبح.
(5) في (ق): النفوس.
(6) أحد: سقطت من (م) ومن (ر).

قسامة فيه على ما نبينه، وشرطنا أن يكون حراً لأن العبد مال والقسامة لا تكون في مال ولم نشرط أن يكون عدلاً ولا ذكراً؛ لأن الأيمان لا يراعى فيها ذلك، ولأن الغالب من المسلمين عند الموت انتفاء التهمة وتحري[1] الصدق.

فصل [4. في كون الشاهد العدل لوث]

وإنما قلنا: إن الشاهد العدل لوث شهادتهم لأنه يقوي الظن به، ولأن له تأثيرا في الأصول في نقل اليمين إلى جنبة المدعي، وسواء رآه أو رأى آثار القتل على من يدعي عليه الدم لأن كل ذلك تقوى معه الدعوى، ووجه قوله في غير العدل وفي جماعة النساء إن شهادتهم[*] لوث فلأن الدعوى تقوى بها، ولأن الغالب من حال الجماعة الذين ظاهرهم الإسلام والحرية[2] أنهم لا يشهدون الزور في الدم.

ووجه قوله إنها ليست بلوث أن شهادة النساء لا مدخل لها في إثبات الحقوق فلم يكن لوثا، وإنما قلنا: لولاة الدم أن يستعينوا بغيرهم من العصبة فيخففوا عنهم فلأن كلهم[3] عصبة وأهل نصرة والأيمان لهم، وكذلك للمدعي عليه أن يستعين بغيره من عصبته فيحلف معه إلا أن يدعي الدم على الجماعة فلا يبرأ كل واحد منهم إلا بأن يحلف خمسين يمينا..

ووجه قوله إن الأولياء إذا كانوا أكثر من خمسين حلف كل[4] واحد يميناً واحداً لأن الأيمان حق على كل من كان له نصيب في الدم فوجب أن يحلف كل واحد أصله إذا كانوا خمسين رجلاً، ووجه قوله يحلف منهم

---

(1) في (ق): يجرى.
(*) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: "شهادتهم".
(2) في (م): الخير.
(3) في (م): كل واحد.
(4) كل: سقطت من (م).

خمسون فقط أن الخمسين يمينا حاصلة فلم يحتج إلى زيادة عليه أصله إذا كانوا خمسين أو أقل.

وإنما قلنا: إن نكول المستعان بهم لا يؤثر؛ لأنه لا حق لهم في ولاية الدم ألا ترى أن الدم يستحق مع عدمهم، وكل من لا حق له في ولاية الدم لن يتعلق سقوط الدم به، ووجه قوله إنه إذا نكل بعض ولاة الدم فلمن بقي[1] أن يحلفوا أن يستحقوا من الدية بقدر أنصبائهم فلأن بنكولهم لم يسقط حق غيرهم في قتل الخطأ.

وإنما قلنا: إن الواجب يكون دية لا دما؛ لأن الدم لا يتبعض فإن سقط بعضه تعذر أخذ البعض وصار إلى دية، ووجه قوله إنه ليس لمن بقي أن يحلف وترد اليمين على المدعي عليهم هو أن الحق لجماعتهم فليس بعضهم بإثباته بأولى من بعض وإذا ردت على المدعي عليه: فإن كان واحدا لزمه أن يحلف خمسين يميناً لقوله ﷺ: "أو تبريكم يهود بخمسين يميناً"[2]، ولأنها أيمان تعلقت بإحدى جنبتي القسامة فكانت خمسين يميناً أصله في جنبة المدعين، ولو كانت الدعوى على جماعة حلف كل واحد خمسين يمينا؛ لأنه يريد إبراء نفسه من الدم فالبراءة من الدم[3] لا تكون بأقل من خمسين. ووجه قوله إن المدعي عليه إن نكل حبس حتى يحلف فلأن يمينه استظهار، ولأنه لم يتقدمه ما يستحق عليه به نكوله حكم وإن طال حبسه خلي[4]؛ لأنه لم يتجه عليه حكم لأن ولاة الدم أضعفوا سببهم وأتمموا[5] دعواهم بنكولهم..

---

(1) في (ق): فإن الباقين.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) من الدم: سقطت من (م).
(4) في (م): يخلى.
(5) في (ق) و(ر): اتهموا.

ووجه قوله إن الدية تلزمه في ماله أن نكوله بمنزلة اعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافاً فكانت الدية في ماله، ولأنه قد اتفق سببان موجبان للحكم وهما اللوث ونكول المدعي عليه فوجب أن يحكم عليه.

وإنما قلنا: إنه إذا عفى بعضهم بعد الأيمان كان لمن يعف أنصباؤهم من الدية، لأن القود يتعذر مع عفو من عفى، ولا يجوز أن يبطل الدم بعد استحقاقه في حق من لم يعف والقود إنما تعذر مع استحقاق بدل الدم فلم يبق إلا الدية. ووجه افتراق الولد والإخوة ومن بعد من العصبات إن قرب الولد والإخوة أمس ورحمهم آكد بدلالة أنهم يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولهم من المزية ما ليس لغيرهم فلم يكن نكول غيرهم مؤثراً في سقوط القود، ووجه التسوية بينهم اتفاقهم في ولاية الدم كالولد والإخوة.

وإنما قلنا: لا يقتل بالقسامة أكثر من واحد خلافاً للشافعي[1]؛ لقوله ﷺ: "يقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع إليكم برمته"[2]، ولأن القسامة أضعف من الإقرار والبينة، ولأن الردع يحصل بقتل واحد منهم.

إذا ثبت أنه يقتل واحد فقط فلا دية على الباقين خلافاً لمن قال[3] بقسط تقسيط المقتول ويلزم الباقون بقسطهم[4]؛ لأن الباقين لم يثبت عليهم الدم لا بقسامة ولا بغيرها فلا وجه لإلزامهم الدية.

وإنما قلنا: يضرب من عفى منهم[5] مائة ويحبس سنة؛ لأنه قد روي" قاتل العمد إذا عفي عنه ضرب مائة وحبس سنة"[6] ، لأنه قد كان[7] يجوز أن يقتل بأن يقسم عليه فلما لم يقتل وجب تأديبه وكان معتبراً بالزاني أن الزنا

---

(1) انظر الأم: (95/6) مختصر المزني: (251).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) هذا ما قاله الخرقي من الحنابلة انظر: (المغني: 8/89-90).
(4) في (ر): يسقط بقسطة عن المقتول ويلزم الباقون بقسطهم.
(5) في (م) و(ر): من بقى.
(6) الموافقات للشاطبي: (315/1)
(7) كان سقطت: من (م).

لما كان مع الإحصان يوجب القتل كان إذا عري من الأحصان يوجب ضرب مائة وحبس سنة.

وإنما قلنا: إن الدم إذا ادعى على جماعة أقسم[1] كل واحد لقوله: "يقسم خمسون منكم على رجل منهم"[2]، ولأنه إنما يقسم عليه ليقتل فإذا لم يقتل أكثر من واحد فلا فائدة في القسامة على أكثر منه.

وإنما قلنا: إن اتفاق ولاة الدم على القتل واختلافهم في صفته يوجب لهم القسامة[3]، وأخذ الدية، لأن القتل يثبت بدعواهم له وأيمانهم، مع اللوث وأكثر ما في اختلافهم أنه يتعذر مع القود فيصير إلى الدية؛ فأما إذا ادعى بعضهم العمد ولم يدع الباقون قتلا فلا قسامة لأنها إنما تثبت[4] باتفاق الأولياء، دون اختلافهم..

ووجه قول مالك أن من ادعى منهم الخطأ أقسم مع جحد الباقين لأن الوجب بقتل الخطأ مال وذلك لا يفتقر إلى اتفاق الأولياء، ووجه ما قاله[5] شيخنا اعتباراً بالعمد..

وإنما قلنا: لا قسامة في عبد ولا أمة خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لأنه مال من أموال لا يثبت إتلافها بالقسامة كالحيوان والعروض.

وإنما قلنا: لا قسامة في ذمى لنقصان حرمته عن المسلم والقسامة وضعت حراسة للدماء وحفظهاً لها، ولأن بالعبد لما لم تكن فيه قسامة مع زيادة حرمته بالدين فالكافر[7] مع نقصه بالكفر أولى..

---

(1) في (ق): قسم.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (ق): القسامة.
(4) في (م): تثبت.
(5) في (م): قول.
(6) انظر: مختصر الطحاوي: (248)، مختصر المزني: (251-252).
(7) في (م): فالكافر.

وإنما قلنا: لا قسامة في جراح، لأن السنة جاءت بها في القتل[1]، ولأن حرمة الجراح أخفض من حرمة النفس ألا ترى أنه لا كفارة فيها[2].

وإنما قلنا: إنه لا قسامة فيمن وجد قتيلاً في محلة قوم خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لوث إذا كان به أثراً اعتباراً به إذا لم يكن به أثر[3].

ووجه قولنا في القتيل بين الفئتين أنه يقسم معه يغلب على الظن بحصوله مقتولاً بينهما أن قتله لن يخرج عنهما فكان ذلك لوثا يوجب القسامة لأوليائه، وهذا كله إذا كان القتال على غير تأويل دين فإن كان بخلاف ذلك فلا قسامة ولا دية ولا قود.

ووجه قوله إنه لا قسامة فيه أن القسامة لا تكون إلا مع لوث في مشار إليه معين فإذا ثبت أنه لا قسامة فديته على الفئة التي نازعت إن كان من الأخرى، وعليهما إن كان من غيرهما لعلمنا بأن الطائفتين إنما نصبتا للحرب واقتتلتا وشهرتا السلاح قام كل فريق لا يقتل أصحابه، وإنما يطلب أعداءه وخصومه وقد علمنا أن قتله لم يخرج عنها فكانت ديته عليهما إذ ليس إحداهما بأولى من الأخرى.

وإنما قلنا[4] يجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من أعمالهما في القسامة تعظيماً لحرمة الدماء، وليرتدع مدَّعو الدماء إن كانوا مبطلين في دعواهم تعظيما للكعبة، ولقبر النبي، ومنبره وإكبارا لحرمة هذه المواضيع أن يحلفوا الأيمان فيها على سفك الدماء الحرام، ولا يجلب إلى غيرها إلا من اليسير؛ لأنه ليس لغيرها من الحرمة مثل ما لها.

---

(1) في (ق): في القتيل.
(2) في (ق): فيه.
(3) انظر مختصر الطحاوي: (247)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (172/3).
(4) قلنا: سقطت من (م).

وإنما قلنا: إن جميع الورثة يقسمون في الخطأ أن عدد[1] الأيمان بقدر المواريث؛ لأن الواجب بها ما يرثونه كسائر التركة فاحتاج كل من له حق ميراث إلى تبيينه.

وإنما قلنا: إن كسرها يجبر؛ لأن اليمين لا تتبعض فوجب تكميلها وكان من عليه أكثرها أولى بذلك.

وإنما قلنا: إن قوله قتلني فلان خطأ لوث اعتباراً بقوله قتلني عمداً[2]، ووجه التفريق بينهما أن حرمة الدم أغلظ من حرمة المال، وفي الخطأ يتهم أن يريد نفع ولده بإيصال المال إليهم وهو أمر يمكن تلافيه والدم لا يمكن تلافيه، والأول[3] أقيس وهو قول ابن القاسم وأشهب.

---

(1) في (ق): أو أن.
(2) في (ق): هذا.
(3) في (م): والأولى.

باب: في كون الدية موروثة

والدية موروثة كسائر التركة كانت عن خطأ أو عمد تغليظ[1]؛ لأنها مال للمقتول إذ هي بدل عن نفسه ألا ترى أنه يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، وروى الضحاك[2] بن سفيان أن النبي ﷺ كتب إليه أن يُورّث امرأة أشيم الضبابي[3] من تركة زوجها[4].

فصل [1. هل يرث القاتل؟]

ولا يرث قاتل العمد ولا يحجب، وقاتل الخطأ يرث من المال ولا يحجب في الدية[5]، وهذا يرد في المواريث.

فصل [2. وجوب الكفارة في قتل الخطأ]

والكفارة في قتل الخطأ واجبة[6] ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾[7]،(ولا خلاف فيه[8]، ولا تجب الكفارة في قتل عمد خلافاً للشافعي[9]، لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾[10])[11]

---

(1) انظر: الموطأ: (866/2)، التفريع: (209/2)، الرسالة: (239)، الكافي: (597).

(2) **الضحاك بن سفيان:** بن عوف بن كعب بن أبي بكر بن كلاب الكلابي، أبو سعيد، صحابي معروف كان من عمال النبي ﷺ على الصدقات (تقريب التهذيب: 279).

(3) **أشيم الضبابي:** بوزن أحمد الضبابي – بكسر المعجمة بعدها موحدة وبعد الألف أخرى قتل في عهد ﷺ (الإصابة في تمييز الصحابة: 67/1).

(4) أخرجه مالك في الموطأ: (866/2)، وأبو داود في الفرائض، باب: في المرأة ترث من دية زوجها: (117/2)، وابن ماجة في الديات، باب: الميراث من الدية: (883/2)، والترمذي في الفرائض، باب: ما جاء في ميراث المرأة من دية زوجها: (371/4) وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(5) انظر الموطأ: (867/2)، التفريع: (218/2)، الرسالة: (329)، الكافي: (597).

(6) انظر: التفريع: (218/2)، الرسالة: (240)، الكافي: (595).

(7) سورة النساء، الآية: 92.

(8) انظر: بداية المجتهد- مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (487/8)، نسل الأوطار: 57/7).

(9) انظر: مختصر المزني: (254)، الإقناع: (168).

(10) سورة النساء، الآية: 93.

(11) ما بين القوسين: سقط من (م).

فدلَّ أن العمد بخلافه، ولأنه معنى موجب للفعل فلم يجب على قاتله كفارة كالزنا مع الإحصان، ولأن الكفارة لتغطية الذنب والمأثم، وقتل المؤمن عمدا أعظم من أن يكفره.

فصل [3. سقوط الكفارة في قتل العبد]

ولا كفارة في قتل عبد[1] خلافاً للشافعي[2] لأنه مال مقوم فلم تجب بإتلافه كفارة كالبهائم.

فصل [4. سقوط الكفارة في قتل الكافر]

لا كفارة في قتل كافر خلافاً لمن أوجبها[3]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[4] فدل على أن الكافر بخلافه، ولأن الكفارة في قتل المؤمن لحرمته وتحريم دمه وذلك غير موجود في الكافر، ولأنها لم تجب في قتل العمد وهو مؤمن فكانت بأن لا تجب في قتل الكافر أولى، واعتباراً بالحربي والوثني والمرتد.

فصل [5. في وجوب الكفارة على كل فرد من جماعة قتل رجلا مؤمنا]

وإذا قتل جماعة رجلاً مؤمنا فعلى كل واحد كفارة[5] خلافاً لمن قال كفارة واحدة[6]، لقوله تعالى: ﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا ﴾[7] فعم الاشتراك والانفراد ولأنه قاتل خطأ فأشبه المنفرد.

---

(1) انظر: التفريع: (218/2)، الكافي: (595).
(2) انظر: مختصر المزني: (254)، الإقناع: (168)، المهذب: (218/2).
(3) أوجبها أكثر أهل العلم (انظر المغني: 93/8).
(4) سورة النساء، الآية: 92.
(5) انظر التفريع: (218/2)، الكافي: (595).
(6) حكاه أبو الخطاب عن أحمد وهو قول أبي ثور وحكي عن الأوزاعي، وحكاه أبو على الطبري عن الشافعي، وأنكره سائر أصحابه (المغني: 95/8).
(7) سورة النساء، الآية: 92.

فصل [6. في ماهية الكفارة]

والكفارة: إعتاق رقبة، وصيام، ولا إطعام فيها وشرط الإعتاق أن تكون رقبة ليس فيها شرك ولا عقد[1] من عقود العتق[2]، وقد بيَّنا ذلك في الأيمان والظهار، وكذلك في الصوم.

---

(1) في (م): عفو.
(2) انظر التفريع: (218/2)، الرسالة: (240)، الكافي: (595).

باب: في دية الجنين

وفي جنين المرأة الحرة غرة[1] عبد أو أمة[2] لأن النبي ﷺ حكم بذلك في الجنين[3] إذا قتل في بطن أمه، تكون قيمتها خمسون ديناراً أو ستمائة درهم ليكون بقدر عشر دية أمه كما يعتبر جنين الأمة بعشر قيمتها، ولا خلاف في ذلك إلا أن أبا حنيفة يقول: قيمتها[4] خمس مائة درهم[5]، لأن عنده أن دية الأم خمسة آلاف، وحكي عن قوم أنهم قالوا: لا شيء في الجنين[6]، وهذا غلط لما رويناه من أنه ﷺ قضى فيه بغرة، وفي حديث أبي هريرة في المرأتين لما ضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها أنه ﷺ قضى بالدية على عصبة القاتلة وقضى في الجنين بغرة فقال المقتضى أرأيت من لا شرب ولا أكل ولا صاح ولا أستهل أليس مثل ذلك يبطل فقال رسول الله ﷺ: "اسجع كسجع الجاهلية[7] وقضى فيه بغرة[8].

فصل [1. وراثة دية الجنين]

ودية الجنين موروثة على حسب المواريث، خلافاً لما يحكي الليث بن سعد[9] إن كان قاله: أنها للأم وحدها؛ لأنها دية نفس آدمي مقتولة فكانت لجميع ورثتها، أصله إذا انفصل حيا[10].

---

(1) غرة عبد: يعني العبد نفسه فعبر عنه بالغرة والغرة البياض (غرر المقالة 239).
(2) انظر: المدونة: (481/4)، التفريع: (218/2)، الرسالة: (239)، الكافي: (605).
(3) أخرجه البخاري في الديات، باب: جنين المرأة: (46/8)، ومسلم في القسامة، باب: دية الجنين: (1309/3).
(4) في (م): يكون قيمته.
(5) انظر: مختصر الطحاوي: (243-244)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (170/3).
(6) بل قول عامة أهل العلن أن فيه الدية كاملة قاله ابن المنذر (انظر: المغني: 811/7).
(7) سبق تخريج الحديث قريباً.
(8) انظر المدونة: (482/4)، الرسالة: (239)، الكافي: (605).
(9) انظر:المغني: (805/7)، والليث بن سعد بن عبد الرحمن عالم الديار المصرية أبو الحارث الفهمي مولى خالد بن ثابت بن ظعن سمع عطاء ونافع ابن شهاب الزهري وروى عنه خلق كثير منهم ابن لهيعة وابن وهب ويحيى بن يحيى الليثي (ت175هـ) (شذرات الذهب: 285/1، سير أعلام النبلاء: 136/8).
(10) سقط هذا الفصل كاملاً: من (م).

فصل [2. وجوب الغرة في جنين الأمة من سيدها الحر]

وفي جنين الأمة من سيدها الحر[1] مثل ما في جنين الحرة[2]؛ لأنه حر من حين[3] خلق كجنين الحرة، وفي جنين الأمة من غير سيدها عشر قيمتها كما في جنين الحرة عشر ديتها.

فصل [3. في دية جنين الكتابية]

وفي جنين الكتابية من المسلم مثل ما في جنين الحرة المسلمة[4]، لأن حكمه حكم أبيه في الدين فكان فيه نصف[5] عشر دية أبيه على ما بيناه.

فصل [4. في دية جنين الكتابية من زوجها الكافر]

وفي جنين الكتابية من زوجها الكافر عشر ديتها، كذلك المجوسية اعتبارا بسائر دياتهم[6].

فصل [5. إذا استهل الجنين صارخاً]

إذا استهل صارخاً ففيه الدية بكاملها، وتحملها العاقلة؛ لأن حياته قد ثبتت فقاتله قاتل خطأ، فإن ضرب عمداً ففيه القود بالقسامة[7]، ومن قتل جنينين ففيهما غرتان، ولو ماتت الأم ثم خرج الجنين بعد موتها ميتا فلا شيء فيه[8] خلافاً للشافعي في إيجابه الغرة فيه[9]، ولأن تلفه قبل الانفصال كتلف بعض من أبعاضها فيكون تابعاً لا حكم له.

---

(1) الحر: سقطت من (ق).
(2) انظر: المدونة: (482/4)، التفريع: (219/2)، الرسالة: (240)، الكافي: (605).
(3) في (م): خير وفي (ق) حر.
(4) انظر المراجع التي سبق ذكرها.
(5) نصف: سقطت
(6) انظر: المدونة: (483/4)، التفريع: (219/2)، الكافي: (605).
(7) في (ق) : بالقسيمة وهو غلط.
(8) انظر: المدونة: (481/4)، التفريع: (219/2)، الكافي: (605).
(9) انظر: الأم: (108/6)، مختصر المزني: (249-250)، الإقناع: (166).

فصل [6. إذا طرحت الأمة جنينها فاستهل صارخاً]

وإذا طرحت الأمة جنينها فاستهل صارخاً ثم مات ففيه قيمته[1]؛ لأنه عبد كالكبير، وإن لم يستهل صارخاً ثم مات[2]، ففيه عشر قيمة أمة اعتباراً بجنين الحرة أنه يكون معتبراً بأمه.

(1) انظر: المدونة: (482)، التفريع: (219/2)، الكافي: (605).
(2) ثم مات: سقطت من (م).

باب: في الردة

يحبط عمل المرتد[1] بنفس الردة[2] من غير اعتبار بموته قبل التوبة أو بعدها، وفائدة ذلك أنه إذا عاد إلى الإسلام لم يلزمه قضاء الصلوات التي تركها في ردته وكان عليه استئناف الحج ويكون حكمه حكم الكافر الأصلي إذا أسلم[3].

فصل [1. في دليل سقوط ما ترك من الصلاة في ردته]

فأما سقوط قضاء[4] ما ترك من الصلاة في ردته خلافاً للشافعي[5]؛ فلقوله تعالى: ﴿ قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ ﴾[6] فعم، ولأنها صلاة متروكة في حال كفره كالكافر الأصلي، أما استئناف الحج خلافاً للشافعي[7] فلقوله تعالى: ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ ﴾[8] فأخبر أن الارتداد يحبط العمل فإذا انحبط لزمه إعادة الحج، ولأنه أسلم عن كفر فلزمه الحج، ولأنه أسلم كالكافر الأصلي إذا أسلم[9].

---

(1) **الردة:** في اللغة رجح الشيء، وفي الاصطلاح: الردة كفر بعد إسلام تقرر (انظر معجم مقاييس اللغة: 386/2)، الرصاع على ابن عرفة: 490.).
(2) في (م): ارتداده.
(3) انظر: التفريع: (231/2)، الرسالة: (240)، الكافي: (584)، المقدمات: (237/3).
(4) قضاء: سقطت من (م).
(5) انظر: المهذب: (223/2).
(6) سورة الأنفال، الآية: 38.
(7) انظر: المهذب: (223/2).
(8) سورة الزمر، الآية: 65.
(9) إذا أسلم: سقطت من (ق).

فصل [2. في حرابة المرتدين]

إذا اجتمع المرتدون ونصبوا راية الحرب وقاتلوا المسلمين وأتلفوا أموالاً ثم تابوا لم يؤخذوا بشيء من ذلك[1] خلافاً لأحد قولي الشافعي[2]؛ لأن أبا بكر الصديق والصحابة لم يضمنوا من رجع من أهل[3] الردة، ولأنها فئة ممتنعة أتلفت على وجه التدين، فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب.

يستتاب المرتد ثلاث فإن تاب قبلت توبته وإن أبى قتل وكان ماله فيئا للمسلمين[4] ولا يرثه ورثته المسلمون ولا أهل الدين الذي ارتد إليه، وسواء ما ملك قبل ردته أو ما كسبه حال ردته..

وإنما قلنا: يستتاب ثلاث لما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- أنه بلغه أن رجلاً ارتد فقتل قبل أن يستتاب فأنكر[5] ذلك وقال: هلا حبستموه ثلاثا وأطعمتموه كل يوم رغيفاً فإن تاب وإلا قتلتموه، اللَّهم لم أمر ولم أرض إذ بلغني[6]، ولا مخالف له، ولأنه يجوز أن يكون عرضت له شبهة فإذا روجع وذكَّرناه[7] الإسلام زال عنه، ولأن من قبلت توبته عرضت عليه كسائر الكفار.

وإنما قلنا: إن توبته تقبل، خلافاً لمن حكي عنه أنها لا تقبل[8]؛ لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ﴾[9]، وقوله: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[10]، وقوله ﷺ: "أمرت أن أقاتل الناس

---

(1) انظر: التفريع: (232/2)، الرسالة: (240-241)، الكافي: (582)، المقدمات: (221/3).
(2) انظر: مختصر المزني: (259-267)، الإقناع: (174).
(3) أهل: سقطت (م).
(4) في (م) و(ر): جماعة المسلمين.
(5) في (ق): فما أنكر.
(6) أخرجه البيهقي: (207/8).
(7) وذكرناه: سقطت من (م).
(8) هو أحد قولي الإمام أحمد (المغني: (126/8).
(9) سورة الشورى، الآية: 25.
(10) سورة الأنفال، الآية: 38.

حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم"[1]، ولأنها توبة عن كفر يظهر كالكافر الأصلي، وإنما قلنا: إنه إذا لم يتب قتل لقوله ﷺ: "من بدل دينه فاقتلوه"[2]، ولا خلاف في ذلك[3].

وإنما قلنا: إن المرتدة تقتل خلافاً لأبي حنيفة[4]، لعموم الخبر لأن كل من جاز أن يقتل بالقتل جاز أن[5] يقتل بالردة كالرجل، ولأنه سبب يقتل به الرجل فجاز أن تقتل به المرأة كالقتل، وإنما قلنا: إنه لا يورث وأن ماله فيء خلافاً لمن قال: إنه يورث[6] ، لقوله ﷺ: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"[7]، ولأنه ممن لا يرث بحال فلم يورث كالعبد، ولأنه مات كافرا فلم يرثه مسلم كالكافر الأصلي، وإنما لم نفصل ما بين ما ملكه قبل ردته أو في حلها لأبي حنيفة في قوله: أن يورث عنه ما كان له قبل الردة دون ما كسبه فيها[8]، لأن الخبر عام، ولأنه مال مات عنه فأشبه ما كسبه حال ردته.

فصل [3. في عدم قبول توبة الزنديق]

لا تقبل توبة الزنديق[9]: وهو الذي يسر الكفر ويظهر الإسلام خلافاً للشافعي[10]، لأنا لا نصل إلى العلم بتوبته[11]؛ لأنه لم يكن له ظاهر يرجع

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) أخرجه البخاري في الجهاد، باب: لا يعذب عذاب الله: (21/4).
(3) انظر: الإجماع: (153)، المغني: (126/8)، شرح مسلم للنووي: (13/8)، فتح الباري: (170/12).
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (259)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (194/4).
(5) في (م): قتل.
(6) قاله الأوزاعي وهو أحد قولي الإمام أحمد وروى عن أبي بكر وابن مسعود – رضي الله عنهما – المغني: (300/6).
(7) أخرجه البخاري في الفرائض، باب: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم: (11/8)، ومسلم في الفرائض: (1233/3).
(8) انظر: مختصر الطحاوي: (260)، مختصر القدوري – مع شرح الميداني: (150/4).
(9) انظر: التفريع: (231/2)، الرسالة: (240)، الكافي: (585).
(10) انظر: الأم: (165/6)، مختصر المزني: (259).
(11) في (م): بثبوته.

عنه فيستدل منه على تركه له، ولأن التوبة من المعصية المستتر بها لا تسقط الحد[1] الواجب فيها كالزنا والسرقة.

وإذا انتقل الكافر من ملة إلى ملة أخرى من الكفر لم يتعرض له[2] خلافاً للشافعي في قوله: إنه يقتل إذا لم يسلم[3]؛ لأن الدين الذي انتقل إليه مما يجوز الإقرار عليه فجاز أن يقر عليه الانتقال كما لو كان ابتداء، ولأنه لو كان يعقوبيا[4] فصار نسطوريا[5] لم يتعرض به؛ لأنه انتقال من كفر إلى كفر فكذلك إذا انتقل من النصرانية إلى اليهودية.

---

(1) الحد: سقطت من (ق).

(2) انظر: التفريع: (231/2)، الكافي: (586).

(3) انظر: الأم: (6/156-157)، الإقناع: (174).

(4) **يعقوبياً:** أي ينتمي إلى اليعاقبة، وهو فرقة من النصارى أبناء يعقوب بن عالي الراذعي يقولون باتحاد اللاهوت والناسوت، ويعرفون بأصحاب الطبيعة الموحدة (الملل والنحل: 541/1).

(5) **نسطورياً:** أصحاب نسطور الحكيم، ظهر في زمن المأمون، يقول: إن الله تعالى واحد ذو أقانيم ثلاث: الوجود والعلم والحياة (الملل والنحل: 535/1).

باب: في حد السحر

والسحر له حقيقة خلافاً لمن نفاه[1]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِنَّ ٱلشَّيَٰطِينَ كَفَرُواْ يُعَلِّمُونَ ٱلنَّاسَ ٱلسِّحْرَ﴾[2] فجعلهم كفرة، فثبت أن له حقيقة فإذا فعل السحر بنفسه لن يستتب فإن قال قد تبت لم تقبل توبته[3] خلافاً للشافعي[4] لأنه مستتر به فلا تقبل التوبة منه كالزنديق[5]، ولأن علمه به وفعله له كفر عندنا بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾[6] أي لا تتعلم السحر، ولأن الآلام الواصلة إلى الحيوان التي تضر بهم وتقتلهم[7] من فعل الله تعالى وهو المنفرد بالقدرة عليها واعتقاد الإنسان أن ذلك فعله وأنه قادر عليه كفر.

وأما إذا [8] دفع شيئاً إلى من عمل له السحر فلا يقتل؛ لأنه ليس بساحر بهذا الفعل وهو كمن دفع مالا إلى رجل ليقتل له إنساناً فلا يقتل الدافع للمال ولا يكون قاتلاً بذلك.

---

(1) ذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أنه لا حقيقة له، وقال أصحاب أبي حنيفة: إن كان يصل إلى بدن المسحور كدخان ونحوه جاز أن يحصل منه ذلك، فأما أن يحصل المرض والموت من غير أن يصل إلى بدنه شيء فلا يجوز (انظر فتح القدير: (408/4) والمهذب: 224/2، المغني: 150/8).

(2) سورة البقرة، الآية: 102.

(3) انظر: التفريع: (232/2)، الرسالة: (240)، الكافي: (585).

(4) انظر: مختصر المزني: (260).

(5) في (م): كالزندقة.

(6) سورة البقرة، الآية: 102.

(7) في (م): تقيلهم.

(8) في (م): من.

باب: في الغسل والصلاة على المقتول من الفئة الباغية

والمقتول من الفئة الباغية يغسل ويصلى عليه[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لأن بغيه لا يخرجه عن أحكام الملة كالعدل، ولا يتَّبعون فيما استهلكوا من مال ولا دم إذا كان القتال على تأويل دين، لإجماع الصحابة على ذلك في قتال[3] يوم الجمل وصفين[4] وهما من وقائع الإسلام، ولأنهما فئة امتنعت وأتلفت بتأويل فلم يلزمها ضمان كأهل الحرب إذا أتلفوا مالا على المسلمين.

---

(1) انظر: التفريع: (267/2).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (258).
(3) في (م): قتل.
(4) انظر السنن الكبرى – للبيهقي: (179/8)، ومصنف ابن أبي شيبة: (287،332/15).

باب: الحرابة

المحارب هو: القاطع للطريق المخيف للسبيل الشاهر للسلاح الطالب للمال، فإن أعطي وإلا قاتل عليه كان في المصر أو خارج المصر، فهذا إذا ظهر عليه قبل توبته أقيم عليه حد الحرابة: وهو القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلاف أو النفي أو الحبس، وذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم على ما يراه كافياً في ردعه وزجره، فإن كان ذا قوة وبطش ورأي وتدبير ويجتمع[1] إليه ويتحيز إلى جهته: فهذا حده القتل (وإن كان ذا قوة وبطش فقط: قطع من خلاف، وإن كان الذي ليس فيه ذلك وإنما فعله مرة ولعله أن يتوب فهذا يضرب على ما يراه الإمام وينفى فيحبس بغير بلده)[2] إلى أن تظهر توبته، ويجوز قتل المحارب وإن لم يكن قتل، وإذا جاء تائباً قبل القدرة عليه سقط عنه حد الحرابة وأخذ بحقوق الناس قبله[3] من قتل وقطع وأخذ مال.

ويقتل في الحرابة المسلم بالكافر والحر بالعبد، ولا يجوز فيه لولي الدم عفو، وحكم اللص حكم المحارب، وللرجل أن يمانع عن نفسه وماله فإن قتل فشهيد، وإن آل إلى قتل اللص فهدر لا شيء فيه[4].

(1) في (ق): يجمع.
(2) ما بين القوسين سقط من (م).
(3) قبله: سقطت من (ق).
(4) في جملة أحكام الحرابة هذه انظر: المدونة: (428/4)، التفريع: (232/2)، الرسالة: (240-241)، الكافي: (582-584)، المقدمات: (227/3)

فصل [1. في العمل في المحارب]

قد بينا أن حكم المحارب على التخيير، وأنه موكول إلى اجتهاد الإمام، وقال أبو حنيفة والشافعي: هي على الترتيب[1] فلا يقتل من لم يقتل ولا يصلب ولا يقطع فإن قتل ولم يأخذ مالاً قتل فقط ولم يقطع ولم يصلب، وإن أخذ مالاً[2] ولم يقتل قطع، وإن قتل وأخذ مال قال أبو حنيفة: الإمام مخير إن شاء جمع القطع والقتل وإن شاء جمع القطع والصلب ثم قتل بعد الصلب، وإن شاء جمع بين القتل والصلب[3]، وقال الشافعي: يقتلهم خنقاً ويصلبهم[4]، فدليلنا على أن له أن يقتله، وإن لم يكن قتل قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ ﴾[5] الآية، ولم يشترط أن يكونوا قتلوا، ولأنه خيّر بين هذه الحدود فدل على سقوط الترتيب، وروي أنه ﷺ قال: "من أشهر سيفه ثم وضعه وجب[6] دمه [7]" وإنما قلنا: إذا جاء تائباً قبل القدرة عليه يسقط عنه حد الحرابة لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴾[8] فأخبر بأن التوبة قبل القدرة تسقط حد الحرابة؛ لأنه استثناه ممن أخبر بأن جزاءه القتل وغيره.

وإنما قلنا: إن حقوق الناس قبله لا تسقط؛ لأن التوبة لا تأثير لها في حقوق الآدميين، ألا ترى أن من غصب رجلا شيئاً وأتلفه ثم تاب فإن بدله

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (275)، مختصر المزني: (265).
(2) في (م): المال.
(3) انظر مختصر الطحاوي: (276)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (212/3).
(4) انظر: الأم: (151/6-152)، مختصر المزني: (265)، الإقناع: (173)، وفي (ر): يقتاهم جميعا.
(5) سورة المائدة، الآية: 33.
(6) في (م): فقد وجب.
(7) بلفظ قريب منه أخرجه النسائي في تحريم الدم، باب: من شهر سيفه ثم وضعه: (108/7)، والحاكم: (152/2)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
(8) سورة المائدة، الآية: 33.

واجب عليه كذلك القتل والجراح[1] وغيره، ولأن التوبة من هذه الأشياء إذا انفردت عن الحرابة لا تسقط حقوق الناس[2] المتعلقة بها فكذلك إذا انضمت إليها.

وإنما قلنا: يقتل فيها المسلم بالكافر والحر بالعبد؛ لأن ذلك ليس بقتل قصاص فيمتنع ويراعى فيه تكافؤ الدماء وإنما هو لحق الله ولذلك قلنا: إنه لا عفو لولي الدم لأن قتله ليس لأجل البدل عن قتل وليه يدل عليه إذا سقط عنه القتل لحق الله، وصار حينئذ قتل قصاص فثبت للولي حق العفو..

وإنما قلنا: إن حكم اللص حكم المحارب لأنه طالب للمال آخذ للنفوس غلبة فكان نوعاً من المحاربة، وإنما قلنا: إن للإنسان دفعه عن ماله ومنعه وأنه لا شيء في قتله لقوله ﷺ: "من قتل دون ماله فهو شهيد"[3]، فلولا أن قتله[4] بحق وإلا لم يكن شهيداً بالقتل، وروي أن امرأة خرجت تحتطب فتبعها رجل فراودها عن نفسها فرمته بحجر فقتلته فوقع ذلك إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- فقال: قتيل الله والله لا يودى أبداً فأهدر عمر - رضي الله عنه- [5] دمه[6]؛ ولأنه إذا قصد غيره ظلماً[7] طلباً لقتله أو ماله فالمقصود مضطر إلى دفعه عن نفسه فكان اللص معاوناً فوجب أن يهدر دمه.

---

(1) في (ق): والجروح.
(2) في (م): الآدميين.
(3) أخرجه البخاري في المظالم، باب: من قاتل دون ماله: (108/3)، ومسلم في الأيمان، باب: الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره: (125/1).
(4) في (م): قتاله.
(5) رضي الله عنه: سقطت من (م).
(6) أخرجه عبد الرزاق: (435/9)، البيهقي: (337/8).
(7) ظلماً: سقطت من (ق).

باب: في دفع الصائل من البهائم

وإذا صال الفحل[1] أو غيره من البهائم على الإنسان وخافه على نفسه فله دفعه عن نفسه: فإن أدى ذلك[2] إلى قتله فلا ضمان عليه[3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يضمنه[4]؛ لأنه قتله بدفع مباح فلم يضمنه كالآدمي، ولأن حرمة الآدمي أعظم من حرمة البهيمة[5]، فإذا لم يضمن في الآدمي ففي البهيمة أولى، وهذا إذا قامت له بيِّنة بما يدعيه، فأما إن لن يعلم إلا بقوله فإنه يضمن؛ لأنه مقر بإتلاف مال غيره ومدع الإباحة، وسقوط الضمان فلا يقبل قوله بدعواه.

فصل [1. إذا نزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه]

ومن عض أصبع رجل فنزع المعضوض يده من فم العاض فذهبت أسنانه فعلى الجابذ ضمانه، وقال يحيى بن عمر[6] من أصحابنا: لا ضمان عليه[7] وقاله أبو حنيفة والشافعي[8] فوجه قول مالك إن العاض لم يقصد النفس وإنما قصد العض نفسه والذي يستحق بإتلاف ذلك العض غير ما فعل به فوجب أن يكون كل واحد ضامنا ما جنى على الآخر كمن قلع عين الرجل فقطع الآخر يده فإنهما ضامنان، ووجه قول يحيى بن عمر أنه دفعه بدفع مباح فلم يضمن ما كان عليه أصله إذا أراد النفس[9].

---

(1) **الفحل**: هو الذكر من الحيوان (المصباح المنير: 463.

(2) ذلك: سقطت من (م).

(3) انظر التفريع: (233/2)، الكافي: (584).

(4) انظر: شرح فتح القدير: (270/2)، حاشية ابن عابدين: (351/5).

(5) في (م): البهائم.

(6) **يحيى بن عمر:** ابن يوسف أبو زكريا الأندلسي الفقيه شيخ المالكية سمع بن سحنون وأبي زكريا الحفري وأخذ عنه أحمد بن خالد الحافظ وجماعة وأهل القيروان، مات: (289)هـ (سير أعلام النبلاء: 462/3).

(7) انظر: الكافي: (607).

(8) انظر: الأم: (29/6).

(9) في (م): نفسه.

فصل [2. فيما يجنيه الطبيب مما لم يقصده]

وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده فيه روايتان[1]: إحداهما أنه يضمنه، والأخرى أنه لا يضمنه، فإذا قلنا: إنه يضمن فلأنه قاتل خطأ فوجب أن يضمن كغير الطبيب، وإذا قلنا: إنه يضمن فلأنه يولد عن فعل مباح مأذون له فيه كالإمام إذا حد إنساناً فمات.

فصل [3. من حفر بئراً في موضع ليس له أن يحفر فيه فعطب فيه إنسان]

من حفر بئراً في موضع ليس له أن يحفره فيه فعطب فيه إنسان فهو ضامن؛ لأنه قاتل خطأ متعد بحفره في ذلك الموضع، ولو كان في موضع له حفرة لم يلزمه ضمان، وكذلك ممسك الكلب العقور عليه ضمان ما تلف به من نفس أو مال، وكذلك صاحب الحائط المستهدم إذا أشهد عليه أو بلغ من الخوف على الناس من وقوعه إلى حيث يعلم ذلك من حاله، ونكت جميع هذه المسائل تعديهم بتبقية جميع هذه الأشياء على الوجه الذي يتعدى أذاه إلى الغير وفعلهم من ذلك ما ليس لهم فعله، فلزمهم ضمان ما يحدث عنه[2].

فصل [4. ما أفسدته المواشي نهاراً]

ولأهل المواشي إرسالها نهاراً المرعى، ويلزم أرباب: الزرع والحوائط حفظها نهاراً فما أفسدته فلا شيء على أربابها، لأنه مأذون لهم في إرسالها لضرورتها إلى الرعي، فالتفريط من قبل أرباب الحوائط بإهمالها وترك حفظها مع علمهم بكون المواشي مرسلة، ولابد أن تعيث[3] وتفسد وأما ما أفسدته ليلاً فعلى أربابها ضمانه، لأن عليهم حفظها ليلا ومنع إرسالها[4] وقال أبو حنيفة: إن

---

(1) انظر: الكافي: (594).
(2) انظر: المدونة: (505،510/4).
(3) في (م): تعبث.
(4) انظر: التفريع: (282/2)، الكافي: (ص606).

كان صاحبها معها فعليه الضمان، وإن لم يكن معها فلا ضمان عليه[1] فاعتبر في الضمان كون صاحبها معها، ولم يعتبر الليل ولا النهار[2] ، ودليلنا: حديث البراء أن ناقته دخلت حائطا فأفسدته فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقضى أن على أهل الأموال حفظها نهاراً، وعلى أرباب: المواشي حفظها ليلاً[3]، ففرق بين الليل والنهار فسقط قول من لا يعتبرها، وقد فرقنا بينهما بما ذكرناه، وبالله التوفيق.

---

(1) عليه: سقطت من (م).

(2) انظر: فتح القدير.

(3) أخرجه أبو داود في البيوع، بابا: المواشي تفسد زروع القوم: (829/3)، وابن ماجه في الأحكام، باب: الحكم فيما أفسدته المواشي: (781/2)، وصححه ابن حبان والحاكم: (48/2) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد.

كتاب الحدود[1] في الزنا[2]

حدا الزنا حدان: رجم وجلد، والزناة نوعان: ثيب وهو المحصن، وبكر وهو الذي ليس بمحصن، فالرجم للمحصن والجلد للبكر، فإذا كان الزاني محصناً رجم بالحجارة حتى الموت ولا يجلد مع الرجم رجلاً كان أو امرأة، وشروط الحصانة ثمانية: وهي البلوغ، والعقل، والإسلام، والحرية، والتزويج وصحة العقد، والوطء فيه، وأن يكون على وجه سائغ غير محظور فمتى انخرم بعض هذه الشروط لم يكن الواطئ أو الموطوءة[3] محصنا ولم يرجم، وليس من شرط إحصان الزاني أن يكون المزني بها محصنة ولا من شرط إحصان الزانية أن يزنى بها محصن فالصبية المطيعة تحصن البالغ وإن لم يحصنها، والمجنونة تحصن واطئها العاقل، وإن لم يحصنها، وكذلك الكتابية يتزوجها المسلم، والأمة يتزوجها الحر يحصنانها، وإن لم تحصناهما.

والصبي الذي يطيق الوطء لا يحصن البالغة بخلاف الصبية المطيقة للوطء، والمجنون إذا زوّج من عاقلة ووطئها أحصنها، وكذلك العبد يتزوج[4] الحرة، والنكاح الفاسد لا يحصن وإن وطء فيه على الوجه المباح[5]، والوطء على الوجه المحظور كالوطء في الحيض أو في الإحرام أو الصوم والإعتكاف أو ما أشبه ذلك لا يحصن وإن كان العقد صحيحاً، ونكاح الشرك لا يحصن وإن وطء فيه إلا أن يطأها بعد الإسلام، وكذلك باقي فروع هذا الباب: التي

(1) **الحدود:** في اللغة المنع وطرف الشيء والحاجز بين الشيئين (معجم مقاييس اللغة: (3/2) وفي الاصطلاح: ما وضع لمنع الجاني من عودة لمثل فعله وزجر غريه (الفواكه الدواني: 193/2).
(2) الزنا: هو مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلة عمداً (حدود ابن عرفة: 492).
(3) أو الموطوءة: سقطت من (ق).
(4) في (ق): يزوج.
(5) في (ق): المبين.

تضمنها عقده على ما وصفناه، وأما أم الولد إذا زنت بعد عتقها بوفاة سيدها لم ترجم.

فإذا اختلف الزوجان في الوطء فأقر أحدهما وأنكره الآخر فالمنكر غير محصن، وروى ابن عبد الحكم أن المنكر لا يكون محصنا حتى يقرا جميعاً، وقال ابن القاسم: المقر محصن والمنكر غير محصن، ويقع الإحصان بالإيلاج؛ وإن لم ينزل[1].

فصل [1. دليل حد المحصن]

وإنما قلنا: إن حد المحصن الرجم؛ لقوله تعالى: ﴿**أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا**﴾[2] فقال ﷺ: "(**خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: البكر بالبكر جلد مائة، وتغريب عام**)[3]، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم"[4]، وقوله ﷺ: "واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت[5] فارجمها" [6]، وما روي من رجمه ﷺ ماعزا[7] والغامدية[8]، وفي حديث عمر- رضي الله عنه- لولا أن يقال: عمر زاد في كتاب الله لكتبت (الشيخ والشيخة إذا زنيا فأرجموهما ألبتة)[9]، وروي الرجم عن عمر وعثمان وعلي – رضي الله عنهم- قولاً وفعلاً[10]، ولا خلاف فيه[11]، ولا يتلفت إلى ما يحكى عن الخوارج من نفيه.

---

(1) في جملة أحكام فروع هذا الباب: انظر: الموطأ: (819/2)، التفريع: (221/2)، الرسالة: (241)، الكافي: (571)، المقدمات: (239/3).
(2) سورة النساء: الآية: 15.
(3) ما بين قوسين سقط من (ق) ومن (ر).
(4) أخرجه مسلم في الحدود باب: حد الزنا: (1316).
(5) في (م): فإن أقرت.
(6) أخرجه البخاري في الحدود، باب: الاعتراف بالزنا: (24/8)، ومسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا: (1324/3).
(7) أخرجه البخاري في الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر لعلك لمست أو غمزت: (23/8)، ومسلم في الحدود، باب: رجيم الثيب في الزنا: (1320/3).
(8) أخرجه مسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا: (1323/3).
(9) الموطأ: (834/2).
(10) الموطأ: (824/2-825).
(11) انظر: الإجماع: (141)، شرح مسلم – للنووي-: (209/7)، المغني: (107/8)، فتح الباري: (98/12).

فصل [2. في عدم الجمع بين الجلد والرجم]

وإنما قلنا: لا يجلد مع الرجم خلافاً لداود[1]؛ لما روي أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ فقال أحدهما إن ابني كان عسيفا على هذا فزنا بامرأته أخبروني أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة وبجارية ثم سألت أخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام وإنما الرجم على امرأته، فقال ﷺ "أما غنمك وجاريتك فرد عليك، وجلد ابنه مائة وغربه عاما، وأمر أنيسا أن يأتي امرأة الآخر فإن اعترفت[2] فارجمها فاعترفت فرجمها[3]، وفي طريق آخر "فأغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"[4] ففيه دليلان: أحدهما أنه أمره أن يرجمها ولم يأمره بالجلد، وقد علم أنه إنما أنفذه ليقيم الحد لا لغير ذلك.

والثاني أنه فرق بينه وبينها فقال: (وعلى ابنك جلد مائة واغدوا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها) فدلَّ أن الجلد في خبره دونها[5]، وروي أنه ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده وكذلك الغامدية[6]؛ ولأنه معنى يوجب القتل لحق الله تعالى؛ ولم يوجب الجلد مع القتل كالردة.

فصل [3. اشتراط العقل في الإحصان]

وإنما قلنا: إن العقل من شروط الإحصان؛ لقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث: فذكر المجنون حتى يفيق"[7] ولأن الحد عقوبة على معصية وكل ذلك تكليف والعقل شرط في ثبوته، ولا خلاف فيه[8].

---

(1) انظر: المحلى: (197/13).
(2) في (م): فإن أقرت.
(3) أخرجه البخاري في الحدود، باب: الإمام يأمر رجلا فيضرب الحد غائبا: (34/8)، ومسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا: (1324/3).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) في (م): دونه.
(6) سبق تخريج هذه الأحاديث.
(7) سبق تخريج هذا الحديث.
(8) انظر المحلي: (185/13)، المغني: (162/8)، فتح الباري: (98/12)، نيل الأوطار: (93/7).

فصل [4. اشتراط البلوغ في الإحصان]

وإنما شرطنا البلوغ للخبر[1]؛ ولأن من دون البلوغ[2]؛ لا يكلف بدليل أنه لا حد في قذفه ولا يلزمه قصاص بقتله.

فصل [5. اشتراط الإسلام في الإحصان]

وإنما شرطنا: الإسلام خلافاً للشافعي[3]؛ لأن الإحصان حكم شرعي جعل للفضيلة في الإسلام منتف مع الكفر؛ ولأن هذه[4] الحدود يعتبر فيها الفضيلة فحد المحصن الرجم بفضيلته على البكر، وحد الحر مائة لفضيلته على العبد، ونقص الكفر يمنع أن يثبت له حكم فضيلته، ولأن من شرط الإحصان صحة النكاح الذي يطأ فيه أنكحة الكفار الفاسدة.

فصل [6. اشتراط الحرية في الأحصان]

وإنما شرطنا: الحرية، لأن العبد حده على النصف من حد الحر الرجم[5] لا يتنصف جميعه عنه، ولأنه لما نقص عن الحر في الجلد الذي هو[6] أخف لنقصه بالرق كان بأن يسقط عنه الرجم أولى.

فصل [7. اشتراط الزواج في الإحصان]

وإنما شرطنا: أن يكون متزوجا للإجماع على ذلك[7]؛ ولأن النكاح يقع عليه اسم الإحصان لقوله عز وجل: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ﴾[8]، قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[9].

---

(1) وهو "رفع القلم عن ثلاثة".
(2) في (ق): البالغ.
(3) انظر: الإقناع: (168)، المهذب: (267/2).
(4) في (م): زيادة.
(5) في (ق): في الجلد الزاني الذي.
(6) في (ق): هذا.
(7) انظر المحلي: (185/13)، المغني: (162/8)، فتح الباري: (98/12)، نيل الأوطار: (93/7).
(8) سورة المائدة، الآية: 8.
(9) سورة النساء، الآية: 24.

فصل [8. اشتراط كون العقد صحيحا في الإحصان]

وإنما شرطنا: أن يكون العقد صحيحاً لأن النكاح الفاسد لا يتناوله اسم الإحصان؛ لأنه وطء غير مباح بعقد فلم يتناوله اسم الإحصان كالوطء بشبهة وإنما شرطنا: الوطء لأن العفاف لا يحصل بمجرد العقد دونه والإجماع على ذلك[1].

فصل [9. اشتراط كون الوطء جائزا]

وإنما شرطنا: جواز الوطء لأنه أحد شروط الإحصان فكان من شرطه الإباحة كالعقد، ولأنه وطء محرم بالشرع كالزنا.

فصل [10. الاشتراط في إحصان أحدهما إحصان الأخر]

وإنما شرط في إحصان أحدهما إحصان الآخر خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لأنه حر مكلف وطىء بنكاح صحيح وطئاً مباحاً فكان محصنا به أصله إذا كانا كاملين[3].

فصل [11. في التفريق بين الصبي المطيق للوطء وبين الصبية المطبقة للوطء في إحصان الكبير]

وإنما فرقنا بين الصبي المطيق للوطء وبين الصبية المطيقة للوطء فقلنا: إنها تحصن الكبير وأنه لا يحصن الكبيرة؛ لأن وطء الصبي[4] ناقص غير تام بدليل أنه لا يجب به حد ولا يحلها للزوج الأول ولا يكمل لها به[5] لذة كوطء البالغ، وليس كذلك الصبية المطيقة للوطء لأن كل هذه الأحكام الحاصلة بوطء البالغة[6] تحصل للكبير بوطء المراهقة، وإذا كان كذلك

---

(1) انظر: المحلي: (185/12)، المغني: (162/8)، فتح الباري: (98/12)، نيل الأوطار: (93/7).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (262)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (187/3).
(3) في (ق): كاملتين.
(4) الصبي: سقطت من (م).
(5) في (ق): فيه.
(6) في (ق): البالغ.

أحصنت ولم يحصن الصبي من وطئها، وقد أتى ما ذكرناه على شرح الفروع التي قدمناها.

فصل [12. في عدم رجم أم الولد إذا زنت بعد وفاة سيدها]

وإنما قلنا: إن أم الولد إذا زنت بعد وفاة سيدها لم ترجم؛ لأنها غير محصنة، ولأنها لم يحصل لها من شروط الإحصان بعد البلوغ والعقل والإسلام إلا الحرية وذلك غير موجب لها الإحصان.

فصل [13. إذا أنكر أحدهما يمنع كون الآخر محصنا]

ووجه قوله إن إنكار أحدهما يمنع كون الآخر محصنا أن ذلك شبهة؛ لأنه لا يجوز أن يكون أقر بالوطء لغرض له لا أنه كان وطيء حقيقة، ووجه قوله إنه يكون محصناً اعتباراً بإقرارهما، ولأن تكذيبهما له لا يخرجه[1] عما يلزمه مما يقر به على نفسه من حقوق الله تعالى أصله إذا أقر أنه زنى بها وهي تنكر أن ذلك لا تسقط الحد عنه.

فصل [14. في كون الإيلاج من غير الإنزال يكفي في الإحصان]

وإنما قلنا: إن الإيلاج يكفي؛ فلأن اسم الوطء يقع عليه، ولأنه ﷺ لما قرر[2] ماعز لم يزده على أن أقر عنده بالإيلاج ولم يطلب منه زيادة على ذلك؛ ولأن سائر الأحكام المتعلقة بالوطء يتعلق بالإيلاج فقط من وجوب الغسل والمهر والحد والإحلال للزوج الأول وغير ذلك فكذلك الإحصان الواجب عنه.

---

(1) في (م): لا يخرجها وفي (ر): لا يخرجهما.
(2) في (ق): أقر.

باب: في حد الزاني البكر

فأما حد الزاني البكر فإنه يختلف باختلاف أقسام الأبكار، ولا يخلو الزاني البكر من ثلاثة أقسام: أحدهما أن يكون رجلا حرا، والثاني أن تكون امرأة حرة، والثالث أن يكون مملوكا ولا يختلف حال المملوك بالذكورة والأنوثة، فأما الرجل الحر فحده مائة جلدة[1] وتغريب عام وهو نفيه إلى غير بلده وحبسه فيه سنة، وأما المرأة الحرة فحدها جلد مائة من غير تغريب، وأما العبد ومن فيه بقية رق فحده خمسون جلدة من غير تغريب[2].

فصل [1. في جلد الحرّين مائة جلدة]

وإنما قلنا: إن الرجل والمرأة يجلدان مائة جلدة؛ لقوله تعالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ ﴾[3]، وللأخبار التي رويناها.

فصل [2. في تغريب الرجل مع الجلد]

وإنما قلنا: إنه يغرَّب الرجل مع الجلد عاماً خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يجب التغريب إلا على طريق التعزير إن رآه الإمام[4]؛ لقوله ﷺ: "والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام"[5]، وقوله ﷺ "لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل، وجلد ابن الرجل الذي سأله مائة، وغربه عاما[6]" وليس فيه[7] قياس يتحرر[8] على التحقيق.

---

(1) جلدة: سقطت من (م).
(2) نظر: التفريع: (222/2)، الرسالة: (241)، الكافي: (574).
(3) سورة النور، الآية: 2.
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (262)، مختصر القدوري – مع شرح الميداني: (187/3).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (ر): في ذلك.
(8) في (ر): مجرد.

فصل [3. في عدم تغريب المرأة]

وإنما قلنا: إن المرأة لا تغرب خلافاً للشافعي[1]، لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾[2] ولأن التغريب في الرجل عقوبة له ينقطع عن ولده[3] وأهله وعن بلده[4] ومعاشه وتلحقه الذلة بنفيه[5] إلى غير بلده وليس فيه ما في المرأة من الحاجة إلى المراعاة في الحفظ ومنع السفر والمرأة محتاجة إلى الصيانة والحفظ والمراعاة إلى أكثر من حاجة الرجل ففي تغريبها تعريض لها للهتك الذي هو ضد الصيانة ومواقعة مثل ما غربت لأجل مواقعتها له وذلك إغراء، لا ردع وزجر فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة.

فصل [4. في كون حد الأمة على النصف من حد الحرة]

وإنما قلنا: إن حد الأمة على النصف من حد الحرة؛ لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾[6]، وإنما قلنا: إن العبد في ذلك كالأمة لاجتماعهم في نقص الرق.

فصل [5. في عدم تغريب العبد والأم]

وإنما قلنا: لا تغريب على عبد ولا أمة خلافاً لشافعي[7]، للظاهر ولقوله ﷺ: "إذا زنت أمة أحدكم فليحدها، ثم إن زنت فليحدها ثم قال في الرابعة فليبعها ولو بضفير[8]"[9].

---

(1) انظر: الأم: (24/6)، الإقناع: (168).
(2) سورة النور، الآية: 2.
(3) ولده: سقطت من (ق).
(4) وعن بلده: سقطت من (م).
(5) في (م): بغيته.
(6) سورة النساء، الآية: 25.
(7) انظر: الأم: (135/6،136)، الإقناع: (168).
(8) **ضفير:** حبل من شعر، عبر به مبالغة في التنفير عنها، والحض على مباعدة الزانية (المصباح المنير: 363).
(9) أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع العبد الزاني: (26/3)، ومسلم في الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنا: (1329/3).

فيه دليلان: أحدهما أنه سئل عن حدهما فذكر الجلد ولم يذكر التغريب، والثاني أنه كرر ذكر الجلد فلو كان التغريب واجباً في الحد لكان الأولى أن يذكر؛ ولأن التغريب على الحر لينقطع عن وطنه ومعاشه ويلحقه ذلة بذلك فيرتدع، والعبد لا وطن له ولا معيشة فينقطع[1] عنها بتغريبه؛ ولأنه لو كان التغريب واجباً عليه لكان على النصف من تغريب الحر كالجلد.

---

(1) في (ق): فيقطعه.

باب: في طريق ثبوت الزنا

الزنا يثبت بثلاثة أشياء[1]: أحدها الإقرار، والثاني البينة، والثالث ظهور الحمل من غير ملك ولا شبهة ولا ظهور أمارة دالة على استكراه[2].

فصل [1. في دليل الإقرار]

فأما الإقرار فالأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾[3]، وقوله ﷺ: "من أصاب من هذه القاذورات شيئاً فليستتر بستر الله، فإنه من بيد لنا صفحته نقم عليه حد الله"[4]، وقوله ﷺ: "واغدو يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"[5]، ولأنه ﷺ رجم ماعزاً والغامدية باقرارهما[6]، ولأنه مكلف أقر على نفسه بحق فوجب إقراره كسائر الحقوق.

فصل [3. في عدد الإقرار الكافي في وجوب الحد]

وإقراره مرة كافٍ في وجوب الحد عليه خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه يحتاج إلى تكرار[7]، والإقرار أربع مرات[8]، للظواهر التي ذكرناها وعمومها يقتضي المرة الواحدة، ولأن الإقرار في سائر الحقوق لا يفتقر إلى التكرار فكذلك الزنا، ولأنه إقرار من مكلف بالزنا على نفسه فوجب أن يلزمه به الحد أصله إذا كرره، واعتباراً بالخامسة والسادسة.

---

(1) انظر الموطأ: (825/2)، التفريع: (222/2)، والرسالة: (241)، الكافي: (572).
(2) في (ق): على استنكاره.
(3) سورة الأنعام، الآية: 164.
(4) أخرجه مالك في الموطأ: (825/2)، والحاكم في المستدرك: (383/3)، والقطان وصححه ابن السكن، وذكره الدارقطني في العلل والبيهقي: (330/8)، (تلخيص الحبير: (57/4).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (ق): تكرير.
(8) انظر: مختصر الطحاوي: (263)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (182/3).

فصل [3. في شروط الإقرار]

ومن شرط[1] الإقرار أن يقيم عليه فإن رجع فذلك على وجهين: فإن ادعى شبهة أو أمراً يعذر به مثل: أن يقول: وطئت في نكاح فاسد، أو دخلت على امرأتي فوطئتها (وأنا لا أعلم، أو رأيت امرأة على فراشي فظننتها امرأتي فوطئتها)[2]، أو وطئت جارية بيني وبين غيري، وما أشبه ذلك مما يجوز أن يذهب على العامة ومن لا علم عنده فإن هذا يعذر به ويقبل رجوعه عنه لإمكان أن يكون الأمر على ما قاله، والحد يدرأ بالشبهة،وأما إن أكذب نفسه لا إلى شبهة يعذر بها ففيها روايتان: أحدهما أنه يقبل، والأخرى لا يقبل منه، فوجه قوله إنه يقبل[3] منه وهو قول أبي حنيفة والشافعي[4]، وقوله ﷺ لماعز: (لعلك لمست: لعلك قبلت)[5]، وفائدة ذلك قبول رجوعه إن رجع وقوله لما هرب: (هلا تركتموه)[6]، ولأنه معنى يوجب القتل لا يتعلق به حق آدمي فإذا رجع عنه سقط عنه أصله الردة، ولأنه قول إذا تم لزم به حد الزنا فوجب أن يكون الرجوع عنه مسقطاً للحد أصله رجوع الشاهد، ووجه قوله لا يقبل منه قوله: "من أصاب من هذه القاذورات فيستتر[7] بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله"[8]، وقوله: "فإن اعترفت فارجمها"، ولأنه أقر على نفسه بحق لزمه بإقراره فلم يسقط بإكذابه نفسه أصله حقوق الآدميين.

---

(1) في: شروط.

(2) ما بين قوسين: سقط من (ق).

(3) فوجه قوله أن يقبل: سقطت من (م).

(4) انظر: مختصر الطحاوي: (263)، الإقناع- للمارودي- (168).

(5) سبق تخريج الحديث رجم ماعز.

(6) أخرجه أبو داود في الحدود، باب: رجم ماعز بن مالك: (573/4)، وأحمد: (216/5)، والبهيقي: (228/8)، وابن أبي شيبة: (71/10)، والحاكم: (363/4) وقال صحيح الإسناد.

(7) في ق: يستتر.

(8) سبق تخريج الحديث قريباً.

فصل [4. في دليل ثبوت الزنا بالشهادة]

فأما الشهادة فالأصل فيها قوله تعالى: ﴿فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾[2] وقول سعد[3] يا رسول الله أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهود قال: نعم[4].

فصل [5. في عدد الشهود الذين يثبت بهم الزنا]

وعدد الشهود أربعة لما ذكرناه، ولأنه إجماع الصحابة؛ لأن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة بالزنا لما توقف الرابع[5]، ولا يقبل فيه النساء، لأنه حكم يثبت[6] في البدن لا يختص النساء بالاطلاع عليه، فلم يقبل إلا الرجال كالطلاق والعتاق والقتل.

فصل [6. اشتراط كون الشهادة بالزنا في مجلس واحد]

ومن شرط الشهادة بالزنا أن يكون في مجلس واحد فإن افترقت في مجالس فالشهود قذفة عند مالك، وقال عبد الملك وهو قول الشافعي تقبل شهادتهم مجتمعين ومفرقين[7]: فوجه قول مالك أنه معنى لو لم ينضم إلى شهادة الشاهد كانت شهادته قذفاً فوجب أن يؤخذ معها عند إقامتها لا متراخياً عنها أصله لفظ الشهادة، وصفة الرؤية، فيقيس كمال العدد في المجلس على لفظ الشهادة ووجه قول عبد الملك أنه حق يثبت بشهادة

---

(1) سورة النساء، الآية: 15.
(2) سورة النور، الآية: 4.
(3) في (ق): أسعد،**وسعد بن عبادة** بن دليم بن حارثة الأنصاري الخزرجي أحد النقباء وسيد الخزرج وأحد الأجواء، مات بأرض الشام سنة خمس عشرة وقيل: غير ذلك (تقريب التهذيب: 231).
(4) أخرجه مسلم في اللعان: (1135/2).
(5) أخرجه البيهقي: (234/8).
(6) يثبت: سقطت من (م).
(7) انظر: الأم: (6/137-138)، المهذب: (333/2).

الشهود إذا جاءوا مجتمعين فوجب أن يثبت بهم وإن جاءوا مفترقين كالشهادة على القتل والسرقة.

فصل [7. اشتراط كون الشهادة في الزنا على المعاينة]

ومن شرطها أن يشهد الشهود على المعاينة أنهم رأوا فرجه في فرجها كالمِروَد في المكحلة، وإنما قلنا: ذلك لجواز أن يظهر من تفصيلهم ما يسقط به الحد فإن لم يفصلوا وشهدوا مجملا[1] أنهم رأوه يزني بها الزنا الموجب للحد قال (ابن القاسم: لا يحد المشهود عليه، ويحد الشهود ويكونون قذفة)[2]، ومن أصحابنا من يقول: إذا كان الشهود فقهاء، والقاضي فقيهاً وكانوا على مذهب واحد وشهد الشهود أنهم رأوه يزني الزنا الموجب للحد فيجوز للحاكم أن يقتصر على هذا القدر منهم ولا يكلفهم التفصيل.

فصل [8. إذا شهد الثلاثة وشك الرابع فلم يشهد]

إذا شهد الثلاثة وشك الرابع فلم يشهد حد (الثلاثة ولا حد على الرابع ولا على المشهود عليه، وإنما قلنا: يحد)[3] الثلاثة[4] خلافاً لأحد قولي الشافعي[5]، لإجماع الصحابة لأن عمر - رضي الله عنه - جلد الثلاثة الذين شهدوا على المغيرة لما توقف الرابع وهو زياد[6] ولم يقطع، وقال لأبي بكرة[7] تب وأقبل شهادتك، وروي عن علي - رضي الله عنه[8] - مثله، ولأنهم أدخلوا المعرة عليه[9] بإضافة الزنا إليه بسبب لم تسقط حصانته وكانوا قذفة أصله إذا

(1) مجملا: سقطت من (م).
(2) ما بين قوسين: سقط من (م).
(3) ما بين قوسين: سقط من (م).
(4) انظر: المدونة: (401/4)، التفريع: (222/2)، الرسالة: (241)، الكافي: (573).
(5) انظر: الأم: (138/6-138)/، مختصر المزني: (261)، الإقناع: (169).
(6) **زياد بن عبيد** ثقيف وهو زياد بن سمية، وهو أخو أبي بكرة لأمه ولد عام الهجرة وأسلم زمن الصديق، مات بالطاعون عام ثلاث وخمسين (سير أعلام النبلاء: 494/3).
(7) **أبي بكرة:** نفيع بن حارث بن كلمة بن عمرو الثقفي صحابي مشهور بمنيته أسلم بالطائف ثم نزل بالبصرة ومات بها سنة إحدى أو اثنتن وخمسين (تقريب التهذيب: (565).
(8) عبد الرزاق: (401/7،385).، المحلى: (259/11).
(9) عليه سقطت: من (ق).

قذفوه ابتداء، وإنما قلنا: لا يحد الرابع لأنه لم يكن منه رمي، لأنه لن يفصح[1] شيئاً يلزمه به الحكم، وإنما قلنا: إنه لا يحد المشهود عليه، لأن البيِّنة لم تقم عليه لأن العدد شرط في كون الشهادة كاملة[2]، ولأن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- لم يحد المغيرة لما لم يتم عدد الشهود.

فصل [9. إذا شك أحد الشهود بعد تمام الشهادة وقبل إقامة الحد]

وأما إن شهد الأربعة وتمت الشهادة ثم شك أحدهم أو رجع: فإن كان قبل إقامة الحد جلد الجميع ولم يحد المشهود عليه[3]، وإن كان بعد إقامة الحد جلد الشاك أو الراجع وحده، وإنما فرقنا بين الموضعين لأن الشك والرجوع إذا كان بعد تمام الشهادة يجعل الراجع قاذفاً لأن الذي حصل منه علما (كان مقيماً مع بقية الشهود كان شهادة)[4] فلما رجع عنه أو شك فيه بعد حصوله منه كان ذلك قذفاً لأنه غير محكوم بكونه شهادة فلم يبق إلا القذف، فإن كان ذلك قبل مضي الحد جلد الكل، لأن الجميع[5] قذفة لأن الشهادة لم تحصل منهم برجوع الواحد، فإن كان رجوعه بعد مضي الحد جلد الراجع وحده لأنه مقر على نفسه بالقذف ولن يحد الباقون لأن الشهادة قد تمت وحكم بها فلا سبيل إلى نقضها، ورجوع هذا قذف مستأنف وتكذيب منه لنفسه ولهم فقُبِل فيها عليه ولم يقبل فيما يلزم غيره به حكم لنفوذ الحكم، ثم القول فيما يلزم الرابع من القصاص أو غرم فيما تلف بشهادته يذكر فيما بعد.

---

(1) في (ق): يقبل.
(2) في (م): الشهود بينة.
(3) انظر: المدونة: (399/4)، التفريع: (223/2) الكافي: (573).
(4) ما بين قوسين: سقط من (م).
(5) في (م): جميعهم.

فصل [10. في عدم مطالبة المقر بالزنا بحكاية الفعل وصفته إياه خلافاً للشهود]

المقر بالزنا لا تلزم مطالبته بحكاية الفعل وصفته إياه خلافاً للشهود إلا أن يتهم بغفلة أو جهل فيتكشف[1]، كما فعل ﷺ لماعز[2]، والفرق بين الإقرار والشهادة أن يلزم الإنسان بإقراره أبلغ وأقوى مما يلزمه بالشهادة ألا ترى أنه يقبل إقراره على نفسه عدلاً كان أو فاسقاً حراً كان أو عبداً رجلاً كان أو امرأة، ولا يقبل في الشهادة الفاسق ولا العبد ولا المرأة، ولأن الشهود قد غلظ عليهم في ذلك ما لم يغلظ في ذلك[3] على المقر؛ لأنه لا ضرورة بهم إلى الشهادة على غيرهم، والمقر ليس بشاهد على غيره، وإنما هو مخير عن نفسه.

فصل [11. في عدم سقوط حد الزنا والسرقة والشرب بالتوبة]

التوبة لا تسقط الحد في الزنا والسرقة والشرب خلافاً للشافعي[4]، لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾[5] وقال: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[6] ولم يفرق، وقوله ﷺ "فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه الحد[7]"[8] ولم يفرق، وقوله في ماعز: "لقد تاب توبة لو قسمت على أهل الأرض لوسعتهم"[9]، وفي حديث آخر[10]: "لو تابها صاحب مكس لغفر له"[11]؛ ولأنه أمرٌ مستتر به فلم تقبل التوبة فيه

(1) في (م): مستكشف.
(2) فقد رده ﷺ أربع مرات وقاله له: لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت؟.. إلخ الحديث.
(3) في ذلك: سقطت من (م).
(4) انظر: المهذب: (686/2).
(5) سورة النور، الآية: 2.
(6) سورة المائدة، الآية: 38.
(7) في (م): كتاب الله.
(8) سبق تخريج الحديث.
(9) هو جزء من حديث الذي سبق تخريجه.
(10) في (م): وفي الغامدية.
(11) أخرجه مسلم في الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا: (1324/3).

كالزنديق، ولأن الحد تحصين للإنسان ففي إسقاطه زوال ذلك[1] المعنى، ولأن التوبة فيما لم يفترق له الحكم فيما بين القدرة عليه أو عدمها لم يسقط الحد كالقذف والقتل، وبهذا فارق الحرابة.

فصل [12. إذا ظهر حمل بحرة أو أمة ولا يعلم لها زوج ولا سيد]

إذا ظهر حمل بحرة أمة ولا يعلم لها زوج، ولا سيد الأمة مقر بوطئها: بل منكر والحرة مقيمة ليست بغريبة بأنها تحد ولا يقبل قولها إن قالت: غصبت أو استكرهت إلا أن يظهر أمارة على ذلك بأن يُرى بها أثر دم أو شاهد منها استغاثة أو صياح أو ما أشبه ذلك مما يعلم معه في الظاهر صدقها[2]، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا حد عليها على كل وجه إلا أن تقر بأنها زنت أو تقوم بينة[3].

ودليلنا حديث عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– أنه قال: الرجم في كتاب الله حق علي من زنى إذا أحصن من الرجال أو النساء إذا قامت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف[4]، ولا مخالف له، ولأن إسقاط الحد ذريعة إلى أن لا يقام[5] حد في زناة، ولأن كل من وجد بها حمل أو شوهد معها من يطؤها ادعيا الزوجية فيصير ذلك طريقا إلى إبطاله فلا يمكن إقامته، ولأن الاتفاق حاصل على أن الحد يلزم بشهادة الشهود، وأن ادعاء الزوجية غير مقبول مع الشهود، وقد علمنا أن الشهود إنما يشهدون على الظاهر لا على الحقيقة والقطع، والظاهر في مسألتنا الزنا؛ لأن الوطء ثابت بظهور الحمل، ولا أمارة على ما يدَّعونه، ولا علامة فلا يجب ترك الظاهر بقولهما؛ ولهذا

(1) في (م): هذا.
(2) انظر: (م) الرسالة: (241)، الكافي: (575).
(3) انظر: شرح فتح القدير: (9119/4، نهاية المحتاج: 430/7).
(4) أخرجه البخاري في الحدود، باب: رجم الحبلى: (26/8)، مسلم في الحدود، باب: رجم الثيب في الزنا: (1317/3).
(5) في (ق): إلى أن يقيم.

قلنا: إنهما لا يحدان إذا كانا غريبين لإمكان أن يكون الأمر على ما قالاه، وليس في[1] تصديقهما نفي الظاهر ولا ذريعة إلى إسقاط الحد.

فصل [13. في الشهادة على الشهادة في حد الزنا]

الشهادة على الشهادة في حد الزنا جائزة [2] لما يذكر في باب: الشهادة[3]، وقد بيَّنا أن شهود الأصل لابد أن يكونوا أربعة، وأما شهود الفرع فمختلف فيه على روايتين: إحداهما أنه لابد أن يشهد على شهادة كل واحد أربعة فإن كان على كل واحد أربعة غير الأربعة الذين شهدوا على واحد جاز، والأخرى أنه إن شهد اثنان على كل واحد من شهود الأصل جاز والأولى هي الصحيح[4]؛ لأن الزنا لا يحد فيه إلا بأربعة ومتى قبلنا[5] شهادة شاهدين على الأربعة أدى ذلك إلى أن يقام الحد بشهادة اثنين وذلك غير جائز[6]؛ ولأن شهود الفرع أضعف من شهود الأصل لأن النقل فرع عن الأصل فإذا كان الأصل لابد فيه من أربعة فكذلك النقل.

فصل [14. في الشهود في الزنا يختلفون في الفعل]

لا يقبل في الشهادة على الزنا إلا أربعة يشهدون على فعل واحد: فإن اختلف الفعل الذي يشهدون عليه مثل أن يشهد اثنان أنهما رأياه يزني بها في هذه الزاوية ويشهد اثنان في الزاوية الأخرى فلا تقبل هذه الشهادة ويحد الشهود[7]، وقال أبو حنيفة: عليه الحد[8]، فدليلنا أن الاختلاف في المكان جار مجرى الاختلاف في الزمان من باب: أن الفعل في مكان غير الفعل في

(1) في (م): على ما قلنا وإذ.
(2) في (م): مقبوله.
(3) في (م): الشهادات.
(4) انظر: المدونة: (402/4)، التفريع: (240/2)، الكافي: (573).
(5) في (م): قلنا.
(6) وذلك غير جائز: سقطت من (ق).
(7) انظر "المدونة": (401/4)، التفريع: (223/2)، الرسالة: (241)، الكافي: (572).
(8) انظر: مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (182/3)، وشرح فتح القدير: (161/4).

غيره من الأماكن كما أن الفعل في زمان غير الفعل[1] في زمان غيره، وقد ثبت أنهم لو شهدوا عليه فقال أحدهما: أشهد أنه زنى يوم السبت، وقال الآخر: يوم الأحد لم يجب عليه حد كذلك في المكان.

مسألة [15. حكم ما إذا وجد على فراشه امرأة فظن أنها زوجته فوطئها]

إذا وجد على فراشه امرأة فظن أنها زوجته فوطئها فلا حد عليه[2]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إنه يحد ولا يقبل منه ذلك إلا أن يكون ليلة الزفاف[3]؛ لأنه وطىء من يعتقد أنها زوجته فلم يلزمه الحد، أصله إذا زفت إليه امرأة وقيل: إنها زوجتك، وكانت غيرها.

فصل [16. العوارض التي تؤخر لها إقامة الحدود]

العوارض التي تؤخر لها إقامة الحدود ثلاثة[4]: أحدهما معنى في المحدود لا يتعلق بغيره، والثاني معنى موجود به يتعلق بغيره، والثالث معنى منفصل منه:

فأما الموجود به الذي[5] لا يتعلق بغيره كالمرض التي يخاف معها[6] تلفه فهذا يوجب تأخير الحد عنه إلى برئه، والدليل عليه أن المقصود من الحد الردع والزجر دون الإتلاف يبين ذلك أن الله تعالى فرَّق بين الحدود فجعل في بعضها الرجم وفي بعضها الجلد، ولأن الإمام يجلد بسوط بين السوطين خيفة القتل، فإذا ثبت ذلك ثم خيف على المريض القتل وجب تأخيره.

وأما الموجود به المتعلق بغيره فهو الحمل وذلك يقتضي التأخير؛ لأنها لو جلدت لأدى إلى إتلافه وأما المنفصل منه فالزمان يخاف منه تلف المحدود وذلك أن الجراح في شدة البرد يعظم الخطر فيه فيؤدي إلى التلف غالباً هذا

---

(1) الفعل سقطت من (م).
(2) انظر: الكافي: (574).
(3) انظر: مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (191/3).
(4) انظر: المدونة: (404/4)، الكافي: (574).
(5) الذي: سقطت من (م).
(6) في (م): منها.

كله في الجلد والقطع ، وأما في الرجم فلا يؤخر لمرض ولا لشدة برد ويؤخر في الجلد والرجم في الحمل حتى تضع لئلا يتلف الحمل، ولذلك قال رسول الله ﷺ للغامدية، (اذهبي حتى تضعي)[1]، وتؤخر بعد الوضع في الجلد لتغتسل من نفاسها؛ لأن النفاس مرض لا يؤمن معه إذا[2] جلدت التلف، وفي الرجم تؤخر حتى يوجد من يرضع الصبي: فإن وجد من يرضعه رجعت حتى تفطمه وبنحو ذلك روى مالك في الموطأ[3].

فصل [17. فيمن وطء جارية له فيها شرك]

ومن وطء جارية له فيها شرك فلا حد عليه لوجود الشبهة في وطئه باختلاط ملكه بملك شريكه[4]، ويلحق به الولد لشبهة الملك، وإن حملت قوّم على الواطئ نصيب شريكه لا يختلف قوله فيه لأنه لما لحق الولد به وثبتت حريته[5]، اكتسبت الأمة الحرية، فإن لم تحمل فقد اختلف قوله في تقويم نصيب الشريك عليه[6]: فوجه قوله إنه تقوم عليه فلتتكامل الشبهة له في سقوط الحد عنه بتمليكه نصيب شريكه، ووجه قوله لا تجب التقويم عليه[7] أنه بمنزلة من وطىء أمة على فراشه لأن وطأه إياها شبهة لا توجب التقويم عليه.

فصل [18. فيمن زنى بجارية أبيه أو ابنه]

ومن زنى بجارية أبيه فعليه الحد وإن زنى بجارية ولده فلا حد عليه[8]، والفرق بينهما أن للأب شبهة في قتل ولده فإن وطىء أمته كان كالواطئ

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) في (م): متى.
(3) انظر: الموطأ: (2/821-825).
(4) في (ق): غيره.
(5) في (ق): حرمته.
(6) انظر المدونة: (4/381)، التفريع: (2/223)، الرسالة: (241).
(7) في (م): لا يقوم عليه.
(8) انظر: التفريع: (2/224)، الرسالة: (241).

أمة فيها شرك ولا يحد لشبهة الملك، والولد لا شبهة له في مال أبيه ألا ترى أنه يتزوج أمة أبيه والأب لا يتزوج أمة ابنه فيكون زانيا بمن لا شبهة له في ملكها فعليه الحد.

فصل [19. وجوب الحد على من اغتصب حرة فزنى بها كان حراً أم عبداً]

ومن اغتصب حرة فزنى بها فعليه الحد حراً كان أو عبداً[1]؛ لعموم قوله: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾[2]، ولم يفرق بين الغصب والطوع، ولا حد عليها، لأنها ليست بزانية لأن الإكراه ينفي الزنا؛ ولأنه لم يكن منها فعل ينسب إليها به الزنا.

فصل [20. وجوب الصداق على من زنى بحرة]

وعليه صداق مثلها بكراً كانت أو ثيباً[3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا صداق عليه[4] لأنها حرة موطوؤة لا حد عليها في وطئها فوجب أن يلزم واطئها صداقها أصله إذا وطئت بشبهة، وإن كان عبداً فإن افتداه سيده بصداق المثل وإلا أسلمه؛ لأن ذلك أرش الجناية.

فصل [21. فيمن استكره أمة فوطئها]

والحر إذا استكره أمة فوطئها فعليه الحد وما نقص من قيمتها ولا صداق عليه[5]؛ لأنها جناية على مال فروعي فيها نقصه دون الصداق وغلب عليها حكم الجناية[6] على الأموال اعتباراً به لو جرحها أو قطع[7] عضوا من

---

(1) انظر: التفريع: (224/2)، الرسالة: (241)، الكافي: (574).
(2) سورة النور، الآية: 2.
(3) انظر: التفريع: (224/2)، الكافي: (574).
(4) انظر: حاشية ابن عابدين: (350/2، 271).
(5) انظر المدونة: (380/40)، التفريع: (224/2)، الكافي: (574-575).
(6) في (م): الجنايات.
(7) في (ق): قطعها.

أعضائها، وإن كان عبداً فذلك في رقبته إلا أن يفتديه[1] سيده، وإن لم يؤثر الوطء نقصاً فلا شيء على الواطئ حراً كان أو عبداً سوى الحد فقط.

فصل [22. إذا استكره الذمي حرة مسلمة أو أمة]

إذا استكره الذمي[2] حرة مسلمة قتل[3]؛ لأنه بذلك ناقض العهد فقد أضاع دم نفسه وقد صار له حكم أهل الحرب، وإن استكره أمة فعليه ما نقص من ثمنها بكرا كانت أو ثيباً؛ لأنها جناية على مال فلا يقتل بالجناية على الأموال والفضل بين استكراهه للحرة والأمة أن الأمة قد يصح له ملكها وهو إذا أسلمت أمته أو ابتاع مسلمة عن إحدى الروايتين، والحرة لا يصح له وطؤها بحال؛ لأنها لا توطأ إلا بعقد نكاح وذلك لا يصح فيه.

فصل [23. وجوب الحد على المسلم إذا زنى بنصرانية]

إذا زنى المسلم بنصرانية فعليه الحد لعموم[4] الظواهر، والأخبار واعتباراً بالمسلمة، فإن اغتصبها فالحكم فيها كالحكم في المسلمة، فإن طاوعته[5] فلا حد عليها خلافا لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لأنه فعل يجب فيه الحد لحق الله تعالى على التجريد ولا يؤخذ به أهل الذمة كالشرب، ولا يلزم عليه القتل والسرقة والقذف؛ لأنها حق الله أو للآدميين على التجريد ألا ترى أنه لو سرق أو قذف أو قتل ثم أسلم لأقيم ذلك عليه بعد إسلامه.

---

(1) في (م): يفديه.
(2) في (م) و(ر): النصراني.
(3) انظر: التفريع: (224/2)، الرسالة: (ص242)، الكافي: (574).
(4) انظر: التفريع: (224/2)، الرسالة: (ص242)، الكافي: (574).
(5) فإن طاوعته: سقطت من (م).
(6) انظر مختصر الطحاوي: (262)، المهذب: (266/2).

فصل [34. إقامة السيد الحد على عبده وأمته]

للسيد أن يقيم على عبده وأمته حد الزنا والشرب[1] في الجملة[2] خلافاً لأبي حنيفة[3]، لقوله ﷺ:"أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم"[4]، وقوله: "إذا زنت أمة أحدكم فيلحدها"[5]، ولأن له أن يجلدها بحق الملك كالإمام.

فصل [25. إن كان للأمة زوج حرا أو عبدا]

وهذا إذا كانت لا زوج لها وكان زوجها عبدا للسيد، فأما إن كان لها زوج حر أو عبد لغير السيد فلا يقيم سيدها عليه الحد، لأن في ذلك تصرفا في حق الغير، وإبطال فراشه ولا يد للسيد على ملك غيره.

فصل [26. إقامة الحد برؤية السيد وعمله؟]

وهذا إذا ظهر حمل أو قامت بيِّنة أو إقرار، فأما برؤية السيد وعلمه[6] ففيه روايتان[7]: (إحداهما سقوطه، والأخرى ثبوته)[8] فوجه سقوط ذلك اعتباراً[9] بالإمام، ووجه إثباته أن السيد لا يتهم في عبده وأمته، والإمام على رعيته لا يتهم.

فصل [27. عدم إقامة حد السرقة على العبد والأمة من سيد]

ولا يقيم عليها حد السرقة إلا الإمام، والفصل بينه وبين سائر الحدود أنه قطع عضوه، وذلك مُثلة يعتق عليها بها، فلو مكَّناه من ذلك لكان كل من

---

(1) الزنا والشرب: سقطت من (م).
(2) انظر: المدونة: (408/4)، التفريع: (224/2)، الرسالة: (242)، الكافي: (574).
(3) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (186/3).
(4) أخرجه أبو داود في الحدود، باب: إقامة الحد على المريض: (617/4)، وأحمد: (95/1)، وأخرجه مسلم في الحدود، باب: تأخير الحد من النفساء: (133/3)، بلفظ: "أقيموا على ارقاكم الحد".
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) في (ق): عمله.
(7) انظر: المدونة: (408/4)، التفريع: (224/2)، الرسالة: (242)، الكافي: (575).
(8) ما بين قوسين: سقط من (م) ومن (ر).
(9) في (م): اعتباره.

مثَّل بعبده يدعى أنه قطعه في سرقة فيصير ذريعة إلى انتفاء العتق بالمثلة[1]؛ وسائر الحدود بخلاف ذلك.

فصل [28 . إحضار الإمام طائفة من المؤمنين ليشهدوا إقامة الحد]

وينبغي للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول[2]؛ لقوله: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[3]، (وكذلك السيد في إقامة الحد على عبده وأمته)[4] والطائفة أربعة فصاعداً، والفائدة في ذلك إن قذفه قاذف فطالب بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك بإحضار من شهد حده.

فصل [29. في هيئة المرجوم]

لا يربط المرجوم[5]؛ لأن النبي ﷺ لم يربط ماعزا ولا غيره ممن أمر برجمه؛ ولأن رجوعه يقبل ولا معنى لربطه، وكذلك في الجلد ولا يحفر له؛ لأنه ﷺ لم يأمر بالحفر، والحدود كلها سواء في الإيجاع[6] والصفة يجرد فيها الرجل، ولا تجرد فيها المرأة ولكن يترك عليها من الثياب ما لا يقيها ألم الضرب؛ لأنها عورة بخلاف الرجل، ويضربان قاعدين خلافاً لمن قال إنه يقام الرجل[7]؛ لأن القيام زيادة في الألم لم يرد به الشرع، واعتباراً بالمرأة ويجتنب في ضربهما المقاتل.

---

(1) في (ق): به المثلة.
(2) انظر: المدونة: (408/4)، التفريع: (224/2)، الكافي: (572).
(3) سورة النور، الآية: 2.
(4) ما بين قوسين: سقط من (م).
(5) انظر: المدونة: (404/4)، الكافي: (572).
(6) في (ق): الإجماع.
(7) قاله جمهور أهل العلم (انظر المغني: (158/8).

مسألة [30. في تداخل الحدود]

الحدود ما كانت من جنس واحد، وكان سببها واحد تداخلت، وأجزأ واحدها عن سائرها، وذلك مثل أن يزني مراراً أو يشرب مراراً أو يسرق مراراً أو يقذف مراراً واحداً أو جماعة فيجزي حد واحد كله من ذلك كله[1]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ ﴾[2] ولم يفرق؛ ولأن ذلك كتكرار الإيلاج والاجتراع جرعة بعد جرعة؛ ولأن ذلك كالأحداث إذا تواترت قبل الطهارة أن ما يجب بها عن الطهارة ما يتداخل، فأما إن كانت من جنس واحد[3] وأسبابها مختلفة كالزنا والشرب (والقذف فإنها لا تتداخل ويستوي جميعها إلا أن يكون أحدها فرعاً للآخر فيتداخلان وذلك كحد القذف)[4] والشرب؛ لأن الشرب مأخوذ من القذف فشبه به لما روي عن الصحابة – رضي الله عنهم – [5] أنهم لما اختلفوا في تقدير حد الشرب قالوا: نرى أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى فيجلد حد الفرية[6]،[7].

وإذا قذف جماعة بكلمة واحدة كفى حد واحد خلافاً لمن قال لكل واحد حد[8]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴾[9]، ولأنه قذف واحد فلم يجب له إلا حد واحد أصله إذا كان المقذوف واحداً، وإذا كانت الحدود من أجناس كالجلد والقطع استوفيت ولن تتداخل إلا أن يكون فيها قتل فإن ما دونه يدخل فيه

---

(1) انظر المدونة: (397/4)، التفريع: (226/2)، الرسالة: (242)، الكافي: (575).
(2) سورة النور، الآية: 2.
(3) واحد: سقطت من م.
(4) ما بين قوسين سقط من (ق).
(5) رضي الله عنهم: سقطت من (م).
(6) في (م): المفترى.
(7) أخرجه مالك في الموطأ: (842/2)، والشافعي عنه عن ثور بن يزيد الديلي وهو منقطع لأن ثوراً لن يلحق عمر بلا خلاف لكن وصله النسائي والحاكم من وجه آخر (انظر: تلخيص الحبير: (75/3).
(8) قاله: الحسن وأبو ثور وابن المنذر وعن أحمد مثل ذلك وللشافعي قولان: المغني: (233/8).
(9) سورة النور، الآية: 4.

إذا كان جهة استحقاقه واحدة، فأما إذا كان الغرض مختلفاً فإن القتل يجزي منه كحد القذف يجلد[1] القاذف ثم يقتل لأن الغرض بالحدود دفع[2] المعرة عن المقذوف ولا يكون ذلك إلا بحد قاذفه.

مسألة [31. في الرجم باللواط]

ويجب باللواط إذا حصل الإيلاج الرجم عليهما أحصنا أو لم يحصنا ولا يثبت إلا بما ثبت به الزنا من الإقرار والبينة، وأما وجوب الحد منه[3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا حد فيه[4] وإنما فيها التعزير، فإنه إيلاج في فرج آدمي مقصود به اللذة فوجب أن يتعلق به الحد كالقتل.

فصل [32. في كون حد اللواط الرجم]

وإنما قلنا: إن الحد هو الرجم خلافاً للشافعي في قوله: وإن كان غير محصن فعليه الجلد[5] لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "من وجدتموه على عمل قوم لوط فارجموا الفاعل والمفعول"[6] ولم يشترط في ذلك الإحصان؛ لأنه أغلظ من الزنا، ولأن المزني بها جنس مباح وطئها.

وإنما أتيت على خلاف الوجه المأذون فيه، والذكر ليس بمباح وطؤه، فكان فيه أغلظ من حد الزنا. وإنما قلنا: إنه لا يثبت إلا بما يثبت به الزنا؛ لأن حده يتعلق به الرجم فأشبه الزنا.

---

(1) في (م): يحد.
(2) في (م): زوال.
(3) انظر التفريع: (225/2)، الرسالة: (242)، الكافي: (574).
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (263)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (191/3).
(5) انظر: التفريع: (225/2)، الرسالة: (232)، الكافي: (574).
(6) أخرجه الترمذي في الحدود، باب: ما جاء في حد اللوطي: (47/4)، وابن ماجة في الحدود، باب: من عمل عمل قوم لوط: (856/2)، وأبو داود في الحدود، باب: فيمن عمل عمل قوم لوط: (608/4) والحاكم قال صحيح الإسناد: (355/4).

فصل [33. فيمن أتى بهيمة]

من أتى بهيمة فلا حد عليه[1] خلافاً لمن قال: إنه يقتل أو يحد[2]؛ لقوله ﷺ: "لا يحل امرئ مسلم إلا بأحد ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، أو قتل بغير نفس"[3]، وكل هذا معدوم في مسألتنا؛ ولأنه لم ينتهك حرمة فرج له حرمة[4] والحد يجب لهذا المعنى.

فصل [34. في عدم قتل البهيمة الموطؤة]

ولا تقتل البهيمة[5] خلافاً لمن قال تقتل[6]؛ لأن نكاح البهيمة لا يوجب قتلها اعتباراً به إذا نكحها ما هو من جنسها، ولأن قتلها لما لم يجز أن يكون حداً لاستحالة تكليفها لم يجز أن تقتل، لأن القتل الواجب بالوطء لا يكون إلا على وجه الحد.

فصل [35. في عقاب من أتى بهيمة]

إذا ثبت أنه لا حد عليه فيعاقب لركوبه أمراً ممنوعاً منه محرماً عليه، فوجب زجره عليه[7] لئلا يعود لمثله.

---

(1) انظر: التفريع: (225/2)، الكافي: (575).
(2) في إحدى الروايتين عن أحمد حكمه حكم اللائط وقال الحسن: حده حد الزاني وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن يقتل هو والبهيمة (المغني: (189/8).
(3) سبق تخريجه.
(4) فرج له حرمة سقطت من (ق).
(5) انظر: التفريع: (225/2)، الكافي: (575).
(6) هو مذهب الإمام أحمد وأحد قولي الشافعي وقول أبي سلمة كما سبق ذكره (المغني: (189/8).
(7) في (م): عنه.

باب: في حد القذف

القذف[1] موجب للحد في الجملة؛ لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾[2] الآية، وقوله ﷺ لهلال بن أمية[3]: "البينة وإلا حد في ظهرك"[4]، ولا خلاف في وجوب الحد به في الجملة[5].

مسألة [1. في شروط إيجاب الحد على القاذف]

ويجب الحد على القاذف بتسع خصال: خصلتان فيه وخمس في المقذوف وخصلتان في الشيء المقذوف به:

فأما الخصلتان المشترط وجودهما في القاذف: فالعقل والبلوغ..

وأما الخمس المشترط وجودهما في المقذوف: فالعقل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التي رمى بها كان عفيفا عن غيرها أولا، والبلوغ الذي نريده يختلف في الغلام والأنثى، فأما الغلام فبلوغ التكليف وهو الاحتلام أو غيره مما قدمناه دون إطاقة الوطء، وفي الأنثى إطاقة الوطء وإن لم تبلغ بلوغ التكليف، وقد تضمن اشتراط العقل كونه ممن يتأتى منه الوطء بخلاف العنين والمجبوب غير المعترض ولذلك لم نجعله شرطا زائداً ومن أوجبه زاده في الأقسام.

---

(1) **القذف:** في اللغة: أصل يدل على الرمى والطرح (معجم مقاييس اللغة: (68/5)، وفي الاصطلاح: قال ابن عرفة: القذف الأعم: نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد: نسبة آدمي مكلف غيره حراً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغيره تطيق الوطء لزنا، أو قطع نسب مسلم (الرصاع على ابن عرفة: (497).

(2) سورة النور، الآية: 4.

(3) **هلال بن أمية:** بن عافر بن قيس بن عبد الأعلم بن عامر بن كعب بن واقف الأنصاري الواقفى شهد بدراً وما بعدها (الإصابة في تمييز الصحبة: (574/3).

(4) سبق تخريج الحديث في اللعان: (898).

(5) انظر: الإجماع لابن المنذر: (144)، المغني: (215/8)، نيل الأوطار: (285/6).

وأما الخصلتان في الشيء المقذوف: بأن يقذفه بوطء يلزمه الحد وهو الزنا واللواط لا غير[1] أو أن ينفي نسبه من أبيه، فأما إن قذفه بسرقة أو شرب خمر أو قتل أو كفر فعليه العقوبة ولا يحد[2].

فصل [2. اشتراط العقل ولبلوغ في وجوب حد القاذف]

وإنما قلنا: إن العقل والبلوغ شرطان في وجوب حد القاذف؛ لأنهما شرطان في التكليف والحد لا يجري إلا على مكلف، لقوله ﷺ:"رفع القلم عن ثلاثة: فذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق"[3].

فصل [3. اشتراط العقل والبلوغ في المقذوف]

وإنما شرطناهما في المقذوف؛ لأن الحد إنما يراد لزوال المعرة عن المقذوف بأن يحد قاذفه والمجنون والصبي لا يصح الزنا منهما وهما على حال الصغر[4] والجنون فلا عار يدخل عليهما بالقذف، وهذا إذا قذفهما بزنا منهما فأما إن قذف المجنون بزنا منه قبل جنونه فإنه يجلد لأن المعرة تدخل بذلك.

فصل [4. في وجوب حد من قذف مطيقة للوطء]

وإنما قلنا: إن من قذف مطيقة للوطء حد، وإن لم تبلغ بلوغ التكليف خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5]؛ لأن المعرة تدخل عليها بالقذف كالبالغ؛ ولأن حكم وطئها حكم البالغ في وجوب الغسل والمهر والنفقة والإحصان والإحلال، وكذلك في وجوب الحد بالقذف به.

---

(1) لا غير: سقطت من (م).

(2) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (828/2)، المدونة: (379/4)، التفريع: (225/2)، الرسالة: (242)، الكافي: (575)، المقدمات: (259/3).

(3) سبق تخريج الحديث.

(4) في (م): الصبا.

(5) انظر: تحفة الفقهاء: (145/3)، مختصر المزني: (262).

فصل [5. اشتراط الإسلام في المقذوف]

وإنما اشترطنا الإسلام؛ لأن عرض الكافر لا حرمة له تهتك بالقذف، ولأن الفاسق الملِّي لا حد على قاذفه، وهو أعظم حرمة من الكافر والكافر أولى.

فصل [6. اشتراط الحرية في المقذوف]

وإنما شرطنا الحرية خلافاً لمن يقول: إن العبد يحد قاذفه[1]؛ لأن حرمته ناقصة نقصاً أوجبه الرق[2] كالكافر؛ ولأن كل نقص منع أن يقتل به الحر المسلم منع أن يحد في القذف أصله الكفر.

فصل [7. في اشتراط كون المقذوف متمكناً من الوطء]

وإنما شرطنا كونه متمكناً من الوطء؛ لأن المجبوب ومن جرى مجراه لا يتأتى منه الزنا فلم تلحقه معرة بالقذف كالصبي[3].

فصل [8. في اشتراط كون الرمي بالزنا واللواط لإقامة الحد]

وإنما شرطنا أن الحد في الرمي بالزنا واللواط دون غيرهما بالإجماع عليه[4]؛ ولأن الله عز وجل[5] شرط في تخليصه[6] من القذف على أن يأتي بأربعة شهود وليس ذلك إلا في الزنا واللواط.

فصل [9. فيما إذا رماه بالوطء فيما دون الفرج]

وأما إن رماه بالوطء فيما دون الفرج: فقال ابن القاسم يحد؛ لأن ذلك من التعريض، وقال أشهب لا يحد لأنه صرح أنه فعل ما ليس بزنا ولا لواط كما لو قال قبلتها[7].

---

(1) روي عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد (المغني: 216/8).
(2) في (ق) و(ر): الكفر.
(3) كالصبي: سقطت من (ق).
(4) انظر: الإجماع: (144)، والمغني: (215/8).
(5) في (م): تعالى.
(6) في (م): تخلصه.
(7) انظر: المدونة: (396/4).

فصل [10. فيمن نفى رجلا عن أبيه]

وإنما قلنا: إذا نفى رجلاً عن أبيه فعليه الحد؛ لأنه قد عرَّه بذلك وقذف أباه وأمه فعليه الحد؛ ومن نفاه عن أمه فلا حد عليه؛ لأنه كاذب قطعاً والكذب لا يعر المقول له والفصل بين قوله لست لأبيك وقوله لست لأمك أن نسب الولد لاحق بأبيه حكماً ويلحق بأمه مشاهدة وحكماً[1] ويقينيا بمشاهدة الولادة وإمكان البينة عليها، ونفى النسب عن الأب لا يعلم صدقه من كذبه فتلحقه المعرة في نفيه.

فصل [11. فيمن نفى رجلا من ولائه]

ومن نفى رجلا من ولائه فهو كنفيه إياه من نسبه؛ لقوله ﷺ: "الولاء لحمه كلحمة النسب"[2]، وقوله ﷺ: "مولى القوم منهم"[3] وإذا وجب الحد في نفي النسب وجب في نفي الولاء، وقال بعض شيوخنا: فيها نظر ويجب أن لا يلزم الحد في نفي النسب وجوبه في نفي الولاء، ولأن نافيه كاذب لأن الولاء يثبت بالعتاقة وهي معلومة مشاهدة فنافيها كاذب، وهو كنافي ولد الأم.

قال القاضي أبو محمد[4]: وفي هذا الذي قاله شيخنا نظر؛ لأن العتاقة معلومة حكماً لا مشاهدة لأن العتاقة التي يثبت بها الولاء بإعتاقه الملك[5] وكون الإنسان مالكا[6] لمعتقه لا يعلم إلا حكماً لا مشاهدة، وإذا شاهدناه قد أعتقه فإنما شاهدنا إعتاق من يحكم لكونه مملوكا كالمعتقة وحكما لا

---

(1) حكما: سقطت من (م).
(2) أخرجه الحاكم: (341/4)، وقال: صحيح الإسناد، وابن حبان والطبراني والشافعي (نصب الراية: 153/4).
(3) أخرجه البخاري في الفرائض، باب: مولى القوم من أنفسهم: (11/8).
(4) قال القاضي أبو محمد: سقطت من (م).
(5) في (م): قلت
(6) في (م): المالك.

قطعا، وهذا كله إذا نفى المولى عن مولاه الذي باشر عتقه فأما إذا نفى ابن المولى فيجب أن يحكم لنفيه إياه من نسبه[1] لا لنفي الولاء، وإنما قلنا: إنه إذا رماه بالسرقة والقتل وغير ذلك فإنه يعزر؛ لأنه لقد آذاه بذلك وألحق به المعرة بذلك الفعل فيجب ردعه وزجره.

فصل [12. في التعزير]

وليس في التعزير[2] حد مضروب إلا اجتهاد الإمام فيما يغلب على ظنه أنه ردع للمعزر خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما[3]: لا يزاد على أربعين[4] وقول غيرهما: ما (ينقص من الحد خمسة أسواط[5]، لأنه إجماع الصحابة لأن عمر- رضي الله عنه- جلد معن بن زائدة [6])[7] لما نقش على خاتم بيت المال وأخذ به من صاحبه مالا فضربه مائة وحبسه ثم كلم به فضربه مائة ثم كلم به الثالثة فقال ذكرتني الطعن وكنت ناسياً فضربه مائة[8]، وروي عن علي[9]، - رضي الله عنه- أنه ضرب في التعزير خمساً وتسعين سوطاً[10]؛ ولأن الغرض بالحد لما كان الردع والزجر عن ارتكاب ما فعل وجب أن يباح منه قدر ما يحصل به الغرض، ولأنه ضرب رآه الإمام محتاجاً إليه في ردع المعزر فجاز أن يبلغه أصله ما دون الحد.

---

(1) في (ق): فيجب أن يحد لنفيه أباه عن نفسه.

(2) **التعزير**: في اللغة: التعظيم والتوقير وأيضاً: التأديب وعزرت الحمار أوقرته (الصحاح: (744/2) وفي الاصطلاح: عرفه ابن فرحون بقوله: تأديب اصطلاح وزجر على ذنوب لم يشرع فيها حدود (تبصرة الحكام: (200/2).

(3) انظر: الكافي: (557)، تبصرة الحكام: (200/2)، الرشرح الكبير: (352/4).

(4) انظر: مختصر الطحاوي: (268)، شرح فتح القدير: (115/5)، المهذب: (288/2).

(5) هو أحد قولي الإمام أحمد (مختصر الخرقي: (127)، المغني: (324/8).

(6) **معن بن زائدة:** أمير العرب أبو الوليد الشيباني، احد أبطال الإسلام وعين الأجواد ت (152) هـ (سير أعلام النبلاء: (97/7)، وفيات الأعيان: (244/5).

(7) ما بين قوسين سقط من (ق).

(8) معن لم يدرك عمر فكيف إذاً حصلت هذه القصة؟ وقد ذكرها ابن قدامة في كتابه المغني: (325/8).

(9) في (م): عمر.

(10) مشكل الاثار: (166/3-168).

فصل [13. في التعريض بالقذف]

إذا عرض بالقذف تعريضاً يفهم منه أنه أراده فعليه الحد وحكمه حكم الصريح، وذلك معلوم بشاهد الحال ومخارج الكلام والأسباب[1]، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا حد فيه[2]، ودليلنا أنه لفظ يفهم منه القذف كالصريح، وإن كابروا وقالوا: لا يفهم منه القذف فقد أحالوا المسألة لأن الخلاف فيه إذا فهم منه ما يفهم من الصريح، فإذا أحالوا ذلك ارتفع الخلاف.

فصل [14. في عدد حد القذف]

حد القذف على الحر ثمانون، وعلى العبد أربعون، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ ﴾[3]، ولأن ذلك فعل النبي ﷺ والصحابة بعده، وعلى العبد أربعون؛ لأن حده على النصف من حد الحر.

فصل [15. في قتل من سب النبي ﷺ]

ومن سب النبي ﷺ قتل ولم تقبل توبته، وفي الكافر روايتان: إحداهما أن توبته لا تقبل، والأخرى أنها تقبل وهذا إذا سبه بغير وجه الذي كفر به[4]، وإنما قلنا: إن المسلم أو الكافر إذا سب النبي ﷺ قتل أن ذلك علم على ارتداده، وقد قال ﷺ "من بدل دينه فاقتلوه"[5] وقوله تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤۡمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيۡنَهُمۡ ثُمَّ لَا يَجِدُواْ فِيٓ أَنفُسِهِمۡ حَرَجٗا مِّمَّا قَضَيۡتَ ﴾[6] فأخبر أن الإيمان لا يحصل منهم متى لن يحكموه

---

(1) انظر: المدونة: (391/4)، التفريع: (266/2)، الرسالة: (242)، الكافي: (576).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (265)، الإقناع: (169-170).
(3) سورة النور، الآية: 4.
(4) انظر التفريع: (232/2)، الرسالة: (240)، الكافي: (585).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سورة النساء، الآية: 65.

بينهم ويعتقدوا أنه يحكم بالصواب؛ ولأن أبا بكر- رضوان الله عليه – سبه رجل فقام رجل فشهر سيفه ليضرب عنقه فقال أبو بكر: ما الذي أنت صانع؟ فقال اقتله لسبه إياك فقال: ليس ذلك إلا لرسول الله ﷺ[1].

ولم يخالف عليه أحد، ويعرض الكلام في قذفه ﷺ، فنقول: إن القذف يراعي فيه الإحصان وللإحصان تأثير فيه يتعلق به الحد فيجب أن يكون منه ما يتعلق به القتل أصله الزنا.

وقولنا يتعلق به الإحصان احترازا من الشرب، وإذا ثبت أن منه ما يوجب القتل فليس ذلك إلا للنبي ﷺ ولأن حد القذف مبني على حسب حرمة المقذوف ألا ترى أنه لا حد على قاذف الكافر؛ لأنه لا حرمة له، وكذلك قاذف العبد لنقصان حرمته عن الحر، وحرمة النبي ﷺ أعظم من حرمة جميع أمته بمزية لا يشاركه فيها أحد منهم فوجب أن يكون لحد قذفه زيادة على غيره، وليس إلا القتل.

فصل [16. في عدم قبول توبة من سب رسول الله ﷺ]

وإنما قلنا إن توبته لا تقبل إعظاماً لحرمته ﷺ، ولأن التوبة من قذف غيره لا تقبل في سقوط الحد ففي قذفه أولى.

فصل [17. هل يرفع القتل عن الكافر بإسلامه بعد سب رسول الله ﷺ]

ووجه قوله في الكافر إذا قال: أنا مسلم أنه يقتل ولا يقبل منه اعتباراً بالمسلم، ووجه قوله يقبل منه قوله تعالى: ﴿ **قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ** ﴾[2]، وقوله ﷺ "الإسلام يجب ما قبله"[3]، ولأن ذلك ليس بأعظم من كفره، والفرق بينه وبين المسلم أن الكافر يعلم منه

---

(1) البيهقي: (60/7).
(2) سورة الأنفال، الآية: 38.
(3) سبق تخريج الحديث.

اعتقاد ذلك وإنما يقتل على إظهاره والمسلم يعلم منه اعتقاد تعظيمه ﷺ فسبه دلالة على ردته.

فصل [18. فيمن أقر بالزنا وقال بفلانة]

إذا أقر بالزنا فإن عيَّن وقال بفلانة وكان ممن يحد قاذفها:

فإن صدقته يحد للزنا دون القذف، وإن أكذبته حد للزنا والقذف؛ لأنه حصل قاذفا زانياً، وسواء كان بكراً أو ثيِّبا فإنه يجتمع عليه الحدان ولا يتداخلان(1)؛ لأن أحدهما يجب لحق الله على التجريد وهو حد الزنا، والآخر يتعلق بحق الآدميين فلذلك لم يتداخلا.

وقال أشهب: يحد للزنا دون القذف، قال: لأنه لا يخلو أن يكون صادقاً أو كاذباً، فإن كان صادقاً لن يحد للقذف، وإن كان كاذبا حد للقذف دون الزنا فعلى أي الوجهين كان فلا يجتمع عليه الحدان..

وقال شيخنا أبو بكر قد يزل(2) إلى قسم ثالث وهو أن يكون مكرها لها على الزنا فكن صادقا في إقراره على نفسه بالزنا كاذبا في قذفه إياها فيجتمع عليه الحدان.

فصل [19. إذا لم يعين المقر بالزنا]

وإذا لم يعين حد الزنا ولم يحد بالقذف للجهالة بصفة المقذوفة لجواز أن يكون ممن لا يحد على قاذفها.

فصل [20. إذا مات المقذوف قبل أن يحد قاذفه]

وإذا مات المقذوف قبل أن يحد قاذفه فلورثته أن يحدوه؛ لأنه حق من حقوقه يجوز له التوكيل فيه فكان للورثة القيام له اعتباراً بسائر حقوقه؛ ولأن القذف تنتشر معرته على أولياء المقذوف فكان لهم القيام به.

---

(1) انظر: المدونة: '384/4)، التفريع: (222/2)، الكافي: (577).

(2) في (م): يخلوا.

فصل [21. إذا قال لابن أمة كتابية يا بن الزانية أو يا بن زانية]

إذا قال لابن أمة أو كتابية: يا ابن الزانية فلا حد عليه، فإن قال: يا ابن زينة[1] فعليه الحد[2]، والفصل بينهما أن قوله يا ابن زنية نفي له من نسبه وإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه، وقوله يا ابن الزانية قذف لأمه لا نفي لنسبه.

فصل [22. إذا قال يا منبوذ]

إذا قال له: يا منبوذ فعليه الحد؛ لأنه عرض له بنفي نسبه[3]؛ لأن المنبوذ منقطع النسب غير لاحق بأحد.

فصل [23. في الاختلاف في كون حد القذف حق الله أو حق للآدميين]

اختلف عنه في حد القذف هل هو من حقوق الله أو من حقوق الآدميين[4]: وفائدة ذلك أنه إذا كان من حقوق الله فلا يجوز العفو عنه بعد بلوغه إلى الإمام، وإذا كان من حقوق الآدميين جاز العفو عنه، والصحيح أنه من حقوق الآدميين بدليل أنه يورث عن المقذوف وحقوق الله لا تورث؛ ولأنه لا يستحق إلا بمطالبة الآدمي، والله أعلم[5].

---

(1) في (ق): وانية.
(2) انظر: التفريع: (226/2).
(3) انظر: الكافي: (576).
(4) انظر: المدونة: (387/4)، الكافي: (577).
(5) والله أعلم: سقطت من (ق).

كتاب القطع[1]

فصل [1. وجوب حد السرقة]

قال القاضي أبو محمد[2]: ويجب القطع على من يسرق من العقلاء البالغين ربع دينار من الذهب على اختلاف صفاته وأنواعه من جودة أو رداءة أو معمل أو مهمل[3]، أو ثلاثة دراهم من الورق على اختلاف أنواعها لا يقوم أحد الصنفين بالآخر، أو عرض يساوي أحدهما بحيث يكون الغالب من نقده إذا أخرجه من حرزه الذي هو حزر مثله على ما نبينه من بعد، حراً كان السارق أو عبداً، مسلماً كان أو كافراً، ذكراً كان أو أنثى، منفرداً أو مشاركاً بربع دينار فما زاد عليه، إذا كان المسروق مما يحتاج إلى التعاون في سرقته مثل الجذع أو العدل[4] الذي لا يمكن الانفراد بسرقته، فإن كان مما يمكن الواحد كالكيس[5] وشبه فأخرجه الجماعة من حرز فالقطع على واحد منهم عند مالك، ومن متأخري أصحابنا من سوَّى بين الأمرين فأوجب في الموضعين القطع واعتبره بما يحتاج إلى التعاون[6].

(1) يقصد كتاب القطع في السرقة: **والسرقة**: في اللغة أخذ الشيء في خفاء وستر (معجم مقاييس اللغة:154/3) وفي الاصطلاح، أخذ مكلف حرا لا يعقل لصغره ومالاً محترما لغيره أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه (حدود ابن عرفة: 504).
(2) قال القاضي أبو محمد: سقطت من (ق).
(3) في (م): أو إهمال.
(4) الجذع: أي الخشبة الكبيرة، والعدل – بكسر العين- الوزن الكبير (المصباح المنير 396).
(5) في (م): كالكبش.
(6) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (831/2)، المدونة: (412/4)، التفريع: (227/2)، الرسالة: (243)، الكافي: (578)، المقدمات: (207/3).

فصل [2. في أدلة وجوب القطع بالسرقة]

وإنما أوجبنا القطع بالسرقة في الجملة؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[1] الآية، ولأنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم[2]، وقطع سارق رداء صفوان وقال لما قال له: لم أرد هذا هو عليه صدقة (هلا قبل أن تأتيني به)[3]؛ ولأن ذلك إجماع[4].

فصل [3. اشتراط البلوغ في العقل في وجوب القطع]

وإنما شرطنا البلوغ والعقل في وجوب القطع؛ لقوله تعالى: ﴿جَزَآءَۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلٗا مِّنَ ٱللَّهِ﴾[5] وذلك لا يكون إلا بمكلف، ومن شرط التكليف البلوغ والعقل، لقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق"[6]، ولأن ذلك حد من الحدود فلم يتوجه إلا على البالغ عاقل كحد الشرب والقذف.

فصل [4. في اشتراط النصاب في وجوب القطع]

وإنما شرطنا النصاب خلافاً لمن أوجب القطع في سرقة القليل[7] والكثير[8]؛ لما روي أنه ﷺ كان لا يقطع في التافه[9] وروي: "القطع في ربع دينار فصاعد"[10].

---

(1) سورة المائدة، الآية: 38.

(2) أخرجه البخاري في حدود، باب: قوله تعالى:"والسارق والسارقة": (17/8)، ومسلم في الحدود، باب: حد السرقة ونصابها: (1313/3).

(3) أخرجه أبو داود في الحدود، باب: من سرق من حرز : (553/4)، والنسائي في قطع السارق، باب: ما يكون حرزاً وما لا يكون: (69/8)، وابن ماجة في الحدود، باب: من سرق من الحرز: (865/2)، وأحمد (40/2)، والحاكم: (380/4)، والبيهقي: (265/8)، وصححه الحفاظ.

(4) انظر: الإجماع: (139)، المحلي: (340/13)، المغني: (240/8)، شرح مسلم- للنووي: (200/7).

(5) سورة المائدة، الآية: 38.

(6) سبق تخريج الحديث.

(7) والكثير: سقطت من (ق).

(8) فإن الحسن وأبو داود وابن بنت الشافعي والخوارج قالوا: يقطع في القليل والكثير (المغني: 242/8).

(9) سبق تخريج الحديث.

(10) أخرجه البخاري في الحدود، باب: قوله تعالى: "والسارق والسارقة": (17/8)، ومسلم في الحدود، باب: حد السرقة ونصابها: (1313/3).

فصل [5. في نصاب السرقة]

وإنما قلنا: إن النصاب من الذهب ربع دينار، ومن الورق ثلاثة دراهم خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه لا يقطع في أقل من عشرة دراهم[1]، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾[2] فعم، ولأنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم[3]، وقالت عائشة: كان النبي ﷺ يقطع في ربع دينار فصاعدا[4]، (وروي: القطع في ربع دينار[5])[6] وهذا نص.

فصل [6. في نصاب السرقة من الورق]

وإنما قلنا: إن النصاب من الورق ثلاثة دراهم كانت قيمتها ربع دينار أو أقل، لأنه لا يقوَّم الذهب بالفضة ولا الفضة بالذهب، خلافاً للشافعي في قوله: إنه لا نصاب للفضة وأن الاعتبار بربع دينار أو قيمته من الفضة أو العروض[7]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾[8]، فالظاهر يعم من سرق ثلاثة دراهم قيمتها دون الربع، ويرى أنه ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم[9]، وهذا يفيد الاعتبار بالدراهم إذا بلغت هذا القدر، ولأنه أصل مال يعتبر في الأثمان وقيم المتلفات فوجب أن تكون سرقته معتبرة بمقداره في نفسه دون الاعتبار بغيره أصله الذهب، ولأن كل حكم تعلق على الذهب والورق اعتبر فيه نصاب من الذهب وجب أن يعتبر فيه نصاب من الورق، أصله الزكاة[10].

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (269)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (200/3).
(2) سورة المائدة، الآية: 38.
(3) سبق تخريج الحديث قريباً.
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) سبق تخريج الحديث قريباً.
(6) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(7) انظر الأم: (130/6)، مختصر المزني: (263)، الإقناع: (171).
(8) سورة المائدة، الآية: 38.
(9) سبق تخريج الحديث قريباً.
(10) في (م): كالزكاة.

فصل [7. في نصاب السرقة من العروض]

فأما العروض فإنها مقومة بالدراهم دون الذهب فإن ساوى ما سرق منها[1] ثلاثة دراهم قطع سارقه، وكان شيخنا أبو بكر يقول: هذا إذا كان الغالب من نقد ذلك الموضع الفضة[2] فإذا كان غالب نقدهم الذهب قوّمت بالذهب.

فصل [8. في التسوية بين أنواع الجنس في نصاب السرقة]

وإنما سوينا بين أنواع الجنس لعموم الظواهر،ولأن كل حكم تعلق بالذهب والفضة اعتبر فيه نصاب يتساوى فيه سائر أنواعه كالزكاة.

فصل [9. في اعتبار الحرز في حد القطع]

وإنما اعتبرنا أن يسرق من الحرز خلافاً، لمن حكي عنه أن الحرز غير معتبر[3]، لقوله ﷺ: "لا قطع في تمر معلق ولا في حريسة جبل[4]، فإذا أواه المراح والجرين[5] فالقطع فيما بلغ ثمن المجن"[6] ففرق بين أن تكون محرزة بإيوائها[7] إلى المراح وبين أن تبقى على أصلها في باب القطع فدل على اعتبار الحرز، وقوله: "ليس على المنتهب قطع ولا مختلس ولا على خائن ولا على من أخذ وديعة عنده أو مال قراض فلا قطع عليه[8] لأنه لم يمنع منه بحرز[9] فكذلك من أخذ في دار غير مقفلة[10] ولا ممنوعة عنه ولا عن غيره.

---

(1) في (م): منه.

(2) في (م): إذا كان غالب نقدهم الدراهم.

(3) حكى هذا القول عن عائشة والحسن والنخعي وداود (المغني: (348/8).

(4) **ثمر معلق:** بالنخل والشجر وحريسه: أي ليس فيما يحرس بالجبل إذا سرق قطع (النهاية: 1367/1).

(5) **المراح:** هو موضع مبيت الغنم، والجرين: هو موضع يجفف فيه الثمار والجمع جرن (النهاية: 263/1).

(6) أخرجه أبو داود، باب: ما لا يقطع فيه: (549/4)، والنسائي في قطع السارق، باب: الثمر يسرق: (78/8)، وابن ماجة في الحدود، باب: من سرق في موطئه مرسلا: (831/2).

(7) في (م): بأنواعها.

(8) أخرجه أبو داود في الحدود، باب: القطع في الخلسة: (552/2)، والنسائي في قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه: (81/8)، وابن ماجة في الحدود، باب: الخائن والمنتهب: (864/2)، والترمذي في حدود باب: ما جاء في الخائن...وقال: حسن صحيح: 42/4).

(9) في (ق): يجوز.

(10) في (م) و(ر): متعلقة.

فصل [10. في مراعاة إخراج المال من الحرز في اعتبار الحد]

وإنما راعينا إخراجه من الحرز؛ لأنه ما دام في الحرز فلم (تتم السرقة؛ لأن هتك الحرز لا يتم إلا)[1] بإخراج المسروق منه.

فصل [11. في التسوية بين الرجل والمرأة والحر والعبد، والمسلم والكافر في حد القطع]

وإنما سوينا بين الرجل والمرأة، والحر والعبد، والمسلم والكافر لعموم الظواهر[2]؛ ولأن القطع شُرِع لحفظ الأموال وصيانتها ولم يعتبر فيه تكافؤ الدماء بين السارق والمسروق منه فوجب اعتبار عمومه لأنه ضرب من حد الحرابة بدليل أن المسلم إذا سرق من الكافر وإن كان لا يقاد به إذا قتله في الحرابة، وإن كان لا يقاد به لا عفو فيه كما لا عفو للولي في قتل الحرابة قبل التوبة.

فصل [12. في كون الاشتراك في سرقة نصاب لا يسقط القطع]

وإنما قلنا: إن الاشتراك في سرقة النصاب لا يسقط خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[3]؛ لعموم الظواهر والخبر، ولأن القطع شرع لصيانة الأموال لئلا تهتك ويجترأ عليها كالقصاص المشروع لحفظ النفوس ثم كان الاشتراك في القتل لا يمنع القود لأن في منعه إبطال الغرض الذي وضع له كذلك الاشتراك؛ ولأن الجناية[4] التي تستحق بها تناول الأعضاء يجب[5] على الجماعة إذا اشتركوا فيها ما يجب على المنفرد أصله الجماعة إذا قطعت يد الرجل أو عضوا من غير اليد؛ ولأن اشتراكهم في إخراج المسروق من الحرز

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (ق).

(2) من الآيات والأحاديث الواردة في حد القطع.

(3) انظر: مختصر الطحاوي: 270)، والإقناع- للماوردي: (172).

(4) في (م) و(ر): الجنايات.

(5) يجب: سقطت من (م).

يقتضي قطع الجميع بدليل أنهم لو سرقوا متاعاً فجعلوه على دابة إلى خارج الحرز لقطعوا.

فصل [13. في التفريق بين ما لا يمكن إخراجه إلا بمعاونة وبين الثوب وغيره]

وإنما فرقنا بين ما لا يمكن إخراجه إلا بمعاونة وبين الثوب وغيره مما لا يحتاج إلى معاونة لأن نسبته السرقة إلى الجميع فيقضى أن يكون لكل واحد منهم قسط فيها وذلك لا يحصل إلا بالتعاون الذي لولاه لم يخرج المسروق من الحرز، ووجه التسوية في إخراجه من الحرز حاصل منهم كالذي يحتاج إلى معاونة.

فصل [14. في الاعتبار بقيمة العرض المسروق وقت إخراجه]

والاعتبار بقيمة العرض المسروق وقت إخراجه من الحرز لا وقت القطع[1] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن الاعتبار بكمال النصاب وقت القطع[2]؛ لعموم الظاهر[3]؛ ولأن النقص الحادث بعد انفصال المسروق من الحرز لا يؤثر في سقوط الحرز أصله نقصان العين مثل أن يسرق ثوباً فيتلف بعضه[4] في القطع فرجع إلى ما دون النصاب، ولأنه سارق لنصاب من حرز مثله لا شبهة فيه أصله إذا لم ينقص القيمة، والاعتبار في الحدود حال الوجوب دون حال الاستيفاء، كالعبد إذا زنى فلم يحد حتى أعتق والبكر إذا زنى فلم يحد حتى أحصن.

---

(1) انظر: المدونة: (412/4)، التفريع: (227/2)، الكافي: (581).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (273)، تحفة الفقهاء: (15/3).
(3) في (م): الظواهر.
(4) في نصفه.

فصل [15. في عدم قطع من سرق عبدا كبيراً فصيحاً]

إذا سرق عبداً كبيراً فصيحاً لم يقطع[1]؛ لأن سرقة هذا لا تصح فإن كان كبيراً عجمياً أو كان صغيراً قطع لأن هذا في حكم البهيمة وأدون حالا من الصغير الذي لا اختيار له ولا تمييز.

فصل [16. في قطع من سرق حراً صغيراً]

إذا سرق حراً صغيراً قطع عند مالك وقال عبد الملك: لا قطع عليه[2] وهو قول أبي حنيفة والشافعي[3] ودليلنا ما روي أنه ﷺ ذكر له أن رجلاً يسرق الصبيان فأمر بقطعه[4] ولأنه حيوان غير مميز سرق من حرز مثله يجب بذله عند الإتلاف كالبهيمة.

فصل [17. في قطع من سرق طعاما رطباً ويابساً أو مصفحاً وغيره من المتمولات]

ويقطع في سرقة الطعام الرطب واليابس من الفواكه والبطيخ وغيره كالقثاء، والتفاح واللحم[5] مطبوخاً ونيئاً[6] خلافاً لأبي حنيفة في إسقاطه القطع بسرقة رطب الطعام[7]، للظاهر والخبر، وقوله ﷺ: "لا قطع في تمر معلق فإذا أواه الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن"[8]، ولأنه مال[9] متملك كاليابس؛ ولأن القطع يراد للردع والزجر والرطب أحرج إلى هذا من اليابس.

(1) انظر: التفريع: (228/2)، الكافي: (580).
(2) انظر: الموطأ: (238/2)، الكافي: (580).
(3) انظر: مختصر الطحاوي: (273)، مختصر المزني: (264).
(4) يجب: سقطت من (م).
(5) أخرجه ابن حزم في المحلي: (369/13)، والبيهقي في سننه: (268/8).
(6) في (م): دون اللحم.
(7) انظر: المدونة: (418/4)، التفريع: (228/2)، الكافي: (579).
(8) انظر: مختصر الطحاوي: (272)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (203/3).
(9) مال: سقطت من (ق).

ويقطع في سرقة المصحف[1] خلافاً لأبي حنيفة[2]، للظاهر والخبر، ولأن كل ما جاز بيعه (وأخذ العوض عليه جاز أن يقطع في سرقته كسائر الأموال، ويقطع في سرقة جميع المتمولات التي يجوز بيعها)[3] وأخذ العوض عليها: كان أصلها مباحاً كالماء والصيد والتراب والحشيش، أو محظوراً غير مباح كالثياب والعقار ونحوه، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن كل ما أصله مباحاً فلا قطع في سرقته[4]، للظاهر والخبر، ولأنه نوع من مال يتمول في العادة كالثياب، ولأن أصله مباحاً[5] لا يمنع القطع في سرقته كالعبيد أصلهم الإباحة لأنهم مباح لمن شاء أن يسرقهم من دار الحرب ويسترقهم[6].

فصل [18. في قطع النباش]

يقطع النباش[7] إذا سرق من القبر كفنا يساوي نصاباً[8] خلافاً لأبي حنيفة[9] للظاهر والخبر؛ ولأنه سارق النصاب من مال لا شبهة له فيه من حرز مثله فيلزمه[10] القطع كسائر السراق، ولأن سقوط القطع لا يخلوا أن يكون لعدم الملك أو الحرز أو لعدم الخصومة، ولا يجوز أن يكون لعدم الملك، لأن الملك ثابت على الكفن إما للميت أو لورثته، ولا لعدم الحرز لأن القبر حرز للميت ولكفنه، ولأن حرز كل شيء ما جرت العادة به ومن دفن ميتاً بكفنه وسد القبر لن ينسبه أحد إلى إضاعة الكفن ولا[11] إلى

(1) انظر: المدونة: (418/4).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (272)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (203/3).
(3) بين قوسين سقطت من ق
(4) انظر مختصر الطحاوي (273) ومختصر القدوري (205/3).
(5) ما بين قوسين: سقطت من (ق).
(6) انظر: المدونة: (418/4).
(7) انظر: مختصر الطحاوي: (272)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (203/3).
(8) في (ق): كون الأبوحة.
(9) في (م): ويسرقهم.
(10) في (م): فلزمه.
(11) لا: سقطت من (ق).

تفريط فيه، ولا لعدم الخصومة (لأنها واجبة للورثة أو الإمام إذا لم تبق جهة لسقوط القطع فثبت وجوبه)[1].

فصل [19. في قطع من سرق من الغنم ومن بيت المال]

ويقطع من سرق من الغنم ومن بيت المال خلافاً لعبد الملك في قوله: إنه من سرق زيادة على قدر نصيبه بربع دينار قطع وإلا قطع عليه[2]، ووجه إيجاب القطع الظاهر والخبر؛ ولأنه سرق مالا من حرز لا شبهة له في عينه كغير المغنم، ولأن كل مال تقبل شهادته فيه جاز أن يقطع في السرقة منه كمال الأجنبي، ووجه إسقاطه حصول الشبهة له فيه كالأب يسرق من مال ابنه.

فصل [20. في عدم القطع في ثمر معلق ولا نخل ولا شجر ولا حريسة جبل]

لا قطع في ثمر معلق ولا نخل ولا شجر ولا حريسة جبل إلا إذا أواه الجرين أو المراح قطع في سرقته[3]، والأصل فيه قوله ﷺ: "لا يقطع في ثمر ولا كثر"[4] والكثر الجمار[5] معناه في رؤوس النخل والشجر لأنه لم يضعه فيه كمن يقصد إلى إحرازه فيه، وإنما هو بوضع الله تعالى، فإذا أواه إلى الجرين ففيه القطع، لأنه أحرزه في حرز مثله، والغنم في الرعي كذلك أيضاً لا قطع فيها لأنها منتشرة[6] في غير حرز فإذا أواها المراح حصلت حينئذ محرزة.

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).

(2) انظر: التفريع: (228/2)، الرسالة: (244)، الكافي: (579).

(3) انظر: التفريع: (228/2)، الرسالة: (244)، الكافي: (579).

(4) أخرجه أبو داود في الحدود، باب: ما لا قطع فيه: (549/4)، والنسائي في قطع السارق، باب: ما لا قطع فيه: (78/8)، وابن ماجة في الحدود باب: لا يقطع في ثمر ولا كثر: (865/2)، والترمذي في الحدود، باب: لا قطع في ثمر وقال حديث حسن: (52/4).

(5) والكثر الجمار: سقط من (م) ومن (ر).

(6) في (م): متيسرة.

فصل [21. من سرق دار فيها منازل متفرقة]

ومن دخل داراً فيها منازل متفرقة لقوم منزل كل واحد مغلق عن منزل الآخر فسرق من بعضها شيئاً وأخرجه إلى ساحة الدار فعليه القطع[1]؛ لأنه قد أخرجه من حرزه ولأن من حرزه البيت الذي هو فيه ويغلق بابه عليه[2] دون ساحة الدار فإن كانت لدار لواحد فلا قطع عليه حتى يخرج به من جميعها؛ لأن جملتها حرزاً لما يكون فيها، فإذا أخرجه إلى ساحتها كان[3] كمن نقله من موضع من الحرز[4] إلى موضع منه آخر فلا قطع عليه.

فصل [22. المراعاة في القطع إخراج الشيء المسروق من الحرز]

المراعاة[5] في القطع إخراج الشيء المسروق من الحرز فمن باشر ذلك قطع كان هو خارج الحرز أو داخله، فلو اجتمع سارقان أحدهما خارج الحرز والأخر داخله فقرب الداخل المتاع إلى موضع النقب داخل الحرز؛ فإن أدخل الخارج يده فأخرجه فعلى الخارج القطع لأنه هو المخرج له دون الداخل، وقد قيل[6] لا قطع عليه؛ لأنه لم يكن منه إخراج في الحقيقة لأنه كان في حكم المخرج بتقريبه إلى باب النقب[7] فصار كالمخرج من غير حرز، فإذا لم يجب عليه[8] لن يجب على الداخل؛ لأنه في الحقيقة لم يخرجه[9] من الحرز وإنما عرضه للإتلاف والإخراج، والقياس أن القطع على الخارج لأنه باشر إخراج المسروق من الحرز.

---

(1) انظر: المدونة: (415/4)، التفريع: (229/2)، الرسالة: (243)، الكافي: (581).
(2) في (م): وتعلق بأنه عليه.
(3) كأن: سقطت بأنه عليه.
(4) من الحرز: سقطت من (ق).
(5) في (م): المراعي.
(6) في (م) و(ر): قال.
(7) في (م): الثقب.
(8) لم يجب عليه: سقطت من (ق).
(9) في (ق): لم خرج به.

وإن أخرج الداخل المتاع بيده أو برميه إلى خارج الحرز فعليه القطع؛ لأن الخارج لم يكن له صنع في إخراجه من الحرز، وقال شيخنا أبو القاسم – رحمه الله-: والداخل إذا قرب المتاع إلى النقب[1] ولم يخرجه يحتمل أن لا يقطع لأنه نقل المتاع من موضع الحرز إلى موضع آخر ولم يباشر إخراجه من جملة الحرز[2]، ويحتمل أن يقطع؛ لأن الخارج لم يتمكن بإخراج السرقة إلا بتقريب الداخل لها إليه فوجب أن يقطعها جميعاً لأنهما اشتركا في إخراج السرقة من حرزها[3].

فصل [23. اليد التي تقطع في أول السرقة]

ويقطع في أول السرقة اليد اليمنى من الكوع ويحسم بالنار فتكوى، ثم في الثانية الرجل اليسرى من الكعب، ثم في الثالثة اليد اليسرى من الكوع، ثم في الرابعة الرجل اليمنى ثم فيما بعد ذلك الضرب والحبس..

واختلف فيه إذا لم يكن له يمين أو كانت شلاء: قيل: يقطع رجله اليسرى وقيل بل يده اليسرى، وإذا ذهبت أصابع من اليد فإن كان الباقي أكثر قطعت، وإنه لم يبق إلا أصبع أو أصبعان عدل إلى الرجل[4].

فصل [24. في كون القطع من الكوع]

وإنما أو جبنا القطع من الكوع خلافاً لمن يقول من الأصابع أو الأبط[5]؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾[6]، والأخذ بأوائل الأسماء واجب، ومن قطع من الكوع سمى المقطوع اليد، ولا يسمى بذلك من قطعت أصابعه، ولأن النبي ﷺ فعل ذلك هو والسلف بعده.

---

(1) في (م): الثقب.
(2) جمبة الحرز: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (414/4)، التفريع: (229/2)، الرسالة: (243)، الكافي: (581).
(4) انظر: التفريع: (227/2)، الرسالة: (243)، الكافي: (581-583).
(5) قالت الخوارج: قطع اليد من المرفق، أو المنكب (انظر المحلى: 404/13).
(6) سورة المائدة، الآية: 38.

فصل [25. في كون القطع في الثانية يسري]

وإنما قلنا: يقطع في الثانية يسري رجليه لقوله ﷺ: "إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله"[1]؛ وهذا نص، وروى أنه ﷺ: "أوتى بسارق فقطع يده ثم أوتى به ثانية قطع رجله[2]؛ ولأن ذلك مروى عن أبي بكر وعمر وعلي رضوان الله عليهم[3].

فصل [26. ويقطع في الثالثة والرابعة]

وإنما يقطع في الثالثة والرابعة خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يقطع[4] لقول الله عز وجل: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾[5] ولم يخص يمنى من شمال، وقد قال ﷺ: "إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله ثم إن سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله"[6]؛ ولأن كل يد تؤخذ قصاصا فلها مدخل في قطع السرقة كاليمنى؛ ولأنه سرقة مع وجود بعض[7] الأطراف جاز أن يجب القطع فيها كالأولى والثانية، وفعله أبو بكر- رضي الله عنه[8]- ولا مخالف فيه.

فصل [27. في ضرب وحبس من سرق في الخامسة]

وإنما قلنا: في الخامسة إنه يضرب ويحبس؛ لأن الشرع لم يرد بقطع شيء في السرقة سوى الأطراف الأربعة فلم يبق إلا تأديبه بالضرب والحبس، ولا

(1) أخرجه الدارقطني: (181/3)، وفي إسناده الواقدي (انظر: تخليص الحبير: 168/4).
(2) أخرجه عبد الرزاق: (239/10)، وابن أبي شيبة: (511/9)، والبيهقي: (273/8)، وقال: هو مرسل بإسناد صحيح.
(3) انظر: البيهقي: (374/8)، عبد الرزاق: (186/10)، المحلى: (355/11).
(4) مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (208/3).
(5) سورة المائدة، الآية: 38.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (م): نقص.
(8) انظر: البيهقي: (384/8)، عبد الرزاق: (186/10).

يجوز قتله خلافاً لمن حكي عنه ذلك[1]؛ لأن السارق لا يجب قتله كسارق الأولى والثانية.

فصل [28. في حسم اليد المقطوعة]

وإنما قلنا: تحسم بالنار وتكوى؛ لأنها إن تركت تعدى ضررها إلى المرفق، وربما أتت على النفس، وليس الغرض إلا إبانتها فقط فوجب أن يقتصر على ذلك.

فصل [29. في وجه أنه يقطع اليسرى إن عدم اليمنى]

ووجه القول بأنه إذا لم يكن له يمنى أنه يقطع الرجل اليسرى، وإن عدم اليمنى من اليدين يوجب قطع اليسرى من الرجلين، أصله إذا قطعت في السرقة، ووجه الأخرى أن اليد باليد أشبه بها من[2] الرجل، وأولى أن تقوم مقامها ويؤخذ بها والأول أقيس.

فصل [30. في عدم قطع اليد الشلاء]

وإنما قلنا: إن الشلاَّء لا تقطع لأن الغرض بالقطع إبانة منفعتها والشلاَّء معدومة المنفعة ولأنه قطع واجب في طرف يراد به تفويت[3] منفعته فلا يؤخذ إذا لم يكن فيه منفعة كالقصاص.

فصل [31. في ذهاب الأصبع من اليد]

وإنما قلنا في ذهاب الأصبع ما قلناه؛ لأن بقاء الأكثر يبقى معه أكثر المنافع فكان كذهاب الجميع.

---

(1) حكى هذا القول عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز (المغني: 264/8).
(2) لها من: سقطت من (ق).
(3) في (ق): ترفية.

فصل [32. في عدم قطع الأب إذا سرق الأبوان من مال الولد]

إذا سرق الأبوان من مال الولد لم يقطعا؛ لأن لهما شبهة في ماله[1] بدليل قوله ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"[2]؛ ولأنه لا يحد إذا زنى بأمته ولا يجوز له نكاحها، ولوجوب النفقة عليه في إعساره، وحكم الأجداد والجدات حكم الأبوين دينا[3] لقوة أمر الولادة.

فصل [33. في قطع الولد إذا سرق من مال الأبوين]

وإذا سرق الولد من مالهم قطع خلافاً للشافعي[4] للظاهر والخبر؛ ولأنه لا شبهة له من مال أبيه وأمه كالأجنبي بدليل عكس ما ذكرناه.

فصل [34. في قطع من سرق من الإخوة والعمومة والأخوال وغيرهم]

ومن عدى عمود النسب الأعلى من الولادة يقطع في سرقته من مال نسبه[5] كالإخوة والعمومة والأخوال وغيرهم[6]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله لا يقطع في السرقة من ذي رحم محرم[7]، للظاهر والخبر؛ ولأنها قرابة لا يقتضى شبهة السارق في مال المسروق منه كبني العمومة.

فصل [35. في كون الزوجية لا تمنع القطع في السرقة]

الزوجية لا تمنع القطع في سرقة أحدهما من الآخر خلافاً لأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي[8] للظاهر والخبر؛ ولأن الزوجية لا تقتضي شبهة في مال ولا شركة فيه؛ لأنه عقد على المنافع كالأجير.

---

(1) انظر: الموطأ: (837/2)-838)، الكافي: (578).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) دنيا: سقطت من (م).
(4) انظر: الأم: (151/6)، مختصر المزني: (265)، الإقناع: (172).
(5) في (م): نسيبه.
(6) انظر الموطأ: (838/2)، الكافي: (578).
(7) انظر: مختصر الطحاوي: (270)، مختصر القدوري – مع شرح الميداني: (205/3).
(8) انظر: مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (205/3)، الأم: (151/6).

فصل [36. إذا سرق متاعاً كان قد قطع في سرقته أولا]

إذا سرق متاعاً فقطع فيه ثم سرقه ثانية قطع أيضاً خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لأنه حد يجب بإيقاع فعل في عين فجاز أن يتكرر بتكرار الفعل بها أصله إذا زنى حد ثم زنى بها ثانية.

فصل [37. إذا أقر بسرقة ثم رجع إلى شبهة]

إذا أقر السرقة ثم رجع إلى شبهة سقط عنه القطع ولزمه الغرم[2] لأن القطع حق الله يلزم[3] بالثبوت على الإقرار به ويسقط بالرجوع عنه، والغرم حق لآدمي لا يسقط بالرجوع عنه، وإن أكذب نفسه فعلى روايتان وقد ذكرناه في الزنا، وهذا في القطع وأما الغرم فلا يسقط على أي وجه رجع.

فصل [38. إذا قطع السارق ثم وجد الشيء المسروق عنده]

إذا قطع السارق ثم وجد الشيء المسروق عنده لزمه رده إلى مالكه[4]؛ لأنه باقٍ على ملكه لم يخرج عنه بقطع سارقه؛ ولأن القطع ليس ببدل من العين المسروقة ولا بعوض منها وإنما هو لانتهاك حرمة الحرز.

فصل [39. إذا تلف المسروق وله مال غرمه]

وإن تلفت عنده وله مال غرمه، وإن لم يكن له مال لم يتبع بها[5]، وقال الشافعي يتبع بها دينا في ذمته كالغصب[6]، وقال أبو حنيفة: المالك بالخيار إن شاء قطع ولم يتبعه بالغرم وإن شاء غرمه[7] ولم يقطعه، ولا يستحق على السارق الجمع بين القطع والغرم[8] فدليلنا على الشافعي في أنه لا يتبع في

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (271)، مختصر القدوري – مع شرح الميداني: (209/3).
(2) انظر: المدونة: (426/4)، التفريع: (230/2)، الكافي: (580).
(3) في (م): يلزمه.
(4) انظر: التفريع: (230/2)، الرسالة: (244)، الكافي: (582).
(5) انظر: التفريع: (230/2)، الرسالة: (244)، الكافي: (582).
(6) انظر: الأم: (151/6)، المزني: (264)، الإقناع: (172).
(7) في (م): ابتعه.
(8) انظر: مختصر الطحاوي: (269-270)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (209/3).

اعتباره[1] قوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا ﴾[2] ولم يوجب سوى ذلك، وروى عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله ﷺ: "وإذا أقيم على السارق الحد لا غرم عليه"[3]؛ ولأن إتلاف المال لا يجب به عقوبتان، والقطع عقوبة فلا تجب عليه عقوبة أخرى.

فصل [40. في الدليل على أبي حنيفة في وجوب القطع مع اليسار]

ودليلنا على أبي حنيفة في وجوب القطع مع اليسار أن السبب الموجب للقطع غير السبب الموجب للغرم؛ لأن القيمة تجب لأجل الإتلاف والقطع لحق الله تعالى وهو إخراج المال المسروق، وإذا كان كذلك لم يتنافيا وكان كالمحرم يتلف صيداً مملوكاً فيلزمه الجزاء والقيمة..

وقال بعض شيوخنا: إن أخذ القيمة مع القطع استحسان والقياس ألا يلزم شيئا؛ لأنه لو لزمه غرمها مع اليسار لزمه ذلك في ذمته مع الإعسار، وإنما استحسنوا ذلك لجواز أن يكون قد أخذ لها بدلا وثمنا فاختلط بماله.

والفرق بين هذا وبين قول[4] أبي حنيفة أن عند أبي حنيفة يسقط القطع إذا اختار المالك إغرامه وعندنا لا يسقط بوجه، وهذا كله إذا كان المسروق نصاباً يقطع فيه، فأما إن كان دونه بالغرم واجب مع العسر واليسر؛ لأنه ليس فيه قطع ولا اجتماع عقوبتين.

---

(1) في (م): الاعسار.
(2) سورة المائدة، الآية: 38.
(3) أخرجه النسائي في قطع السارق، باب: تعليق يد السارق في عنقه: (85/8)، وهو حديث مضعف عند أهل الحديث لأنه مقطوع وقد وصله بعضهم وقال النسائي هذا مرسل وليس بثابت: (85/8).
(4) قول: سقطت من (ق).

فصل [41. فيمن سرق من حلى الكعبة ومن قناديل المسجد]

ومن سرق من حلى الكعبة فلا قطع عليه وكذلك من قناديل المسجد وآلته؛ لأن ذلك غير محرز فيه[1]؛ لأن دخوله مباح مأذون فيه[2]، ومن أصحابنا من يقول إن كان ذلك[3] نهاراً فلا قطع وإن كان ليلاً وقد أغلقت أبواب[4] المسجد قطع؛ لأن بإغلاق المسجد يصير ما فيه محرزاً فسارقه سارق من حرز فيلزمه القطع.

فصل [42. إذا سرق حليا من صبي]

إذا سرق حلياً من صبي: فإن كان معه من يحفظه قطع لأن حفظ الحافظ له حرز للحلي ولما عليه، وإن كان مخلى فلا قطع عليه[5]؛ لأن الصبي ليس بحرز لما معه، وإن كابره فلا قطع عليه كان معه حافظ أولا لأن ذلك غصب وليس بسرقة.

فصل [43. في قطع الآبق بسرقته]

ويقطع الآبق إذا سرق من غير سيده[6] خلافاً لبعضهم[7]، للظاهر والخبر؛ لأنه مكلف سرق نصاباً من حرز مثله لا شبهة له فيه كغير الآبق.

فصل [44. في عدم قطع العبد إذا سرق من مال سيده]

ولا يقطع العبد إذا سرق من مال سيده، وكذلك المدبر والمكاتب وأم الولد[8]؛ لأن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- رفع إليه عبد سرق من مال سيده

---

(1) انظر: التفريع: (230/2)، الرسالة: (243)، الكافي: (580).
(2) في (م): عنه.
(3) ذلك: سقطت من (م).
(4) أبواب: سقطت من (م).
(5) انظر: التفريع: (230/2)، الكافي: (580).
(6) انظر: الموطأ (833/2-834).
(7) قال مروان وسعيد بن العاصي وأبو حنيفة: لا يقطع (المغني: (268/8).
(8) انظر: التفريع: (230/2)، الكافي: (578).

فقال: عبدكم سرق متاعكم لا قطع عليه[1]؛ ولأن القطع معلق بالضمان فلما لم يضمن العبد ما استهلك من مال سيده لم يقطع في سرقته؛ ولأن القطع شرع صيانة للأموال، وحفظاً لها فلو قطعنا العبد في سرقته من مال سيده كنا قد أتلفنا ماله وذلك ضد حفظه.

فصل [45. إذا سرق عبد رجل من مال زوجة سيده أو عبد امرأة من مال زوجها]

وإن سرق عبد رجل من مال زوجة سيده أو عبد امرأة من مال زوجها من موضع قد أحرز عنه ولم يؤذن له في دخوله فعليه القطع[2]؛ لأن حكم عبيدهم حكم ساداتهم فلما كان أحد الزوجين يقطع فيما سرقه من مال[3] الآخر من موضع قد أحرز عنه وأغلق دونه فكذلك يجب قطع عبده إذا سرق منه؛ ولأن كل ما يقطع فيه الإنسان يقطع يد عبده فيه، وكل ما لا قطع للإنسان فيه فلا يقطع عبده فيه.

فصل [46. إذا أتلف السارق المال في الحرز]

وإذا أتلف السارق المال في الحرز قبل أن يخرج به، أو خرج به بعد إتلافه، وهو لا يساوي نصاباً فعليه الغرم ولا قطع عليه[4]؛ لأن الإتلاف إذا لم يتم السرقة فلا قطع فيه ويصير كالغصب والاعتداء من غير سرقة، والمراعى إخراجه بحاله من الحرز، أو بلوغ قيمته نصاباً بعد الإتلاف حال إخراجه من الحرز.

---

(1) البيهقي: (282/8)، الموطأ: (848/2)، الخراج لأبى يوسف: (205).
(2) انظر: التفريع: (231/2)، الكافي: (578).
(3) مال: سقطت من (ق).
(4) انظر: المدونة: (415/4)، الكافي: (582).

كتاب العتق

إذا أعتق شركاً له في عبد عتق[1] عليه نصيبه، وقوِّم عليه نصيب شريكه إن كان موسراً غائباً كان الشريك أو حاضراً، إذن في ذلك أو لم يأذن؛ فدفعت القيمة وعتق عليه وكان له الولاء، وليس لشريكه أن يأبى ويتمسك بحصته إلا أن يقول: إما أعتق بحصتي ولا[2] أقومها فيكون ذلك له، ويكون الولاء بينهما إذا أعتقه منجزاً لا مؤجلاً، فإن أعتق إلى أجل كان كمن لا يعتق ودفعت إليه وينجز العتق.

وقال عبد الملك: يقع العتق منجزاً ولا يعتق بالسراية في أظهر الروايتين، بل بالتقدم ودفع القيمة إلى الشريك، ولا يلتفت إلى قول العبد: لا أختار تكميل عتقي به، وإن كان المعتق معسراً لم يقوَّم عليه وكانت حصة الشريك وفاء بحالها، إلا إن اختار الشريك إعتاق نصيبه[3] ابتداءً فيكون ذلك له، ولا يلزم العبد السعي في قيمة نصيب الشريك منه ويبقى رقاً بحاله، وإن لم يكن له من المال سواء كان العبد نصرانياً أو مسلماً كان لمسلمين أو لمسلم واحد[4] ونصراني أعتقه المسلم أو النصراني فالحكم فيه على ما ذكرناه، إلا أن يكون بين نصرانيين فلا يعرض لهما إذا كان العبد نصرانياً، وإن كان مسلماً لزم فيه ما يلزم بين المسلمين.

---

(1) **العتق** في اللغة: الجمال والكرم والحرية (المصباح: 1520/4)، وفي الاصطلاح: رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حى، (الرصاع على ابن عرفة: 513).
(2) في (م): إلا.
(3) في (م): حصته.
(4) واحد: سقطت من (م).

وقال في **المختصر الكبير**[1]: لا قيمة على المعتق، فإن مات العبد قبل تقويمه فلا شيء على المعتق، وإن كان معسراً فرفع إلى الحاكم فحكم بسقوط التقويم عليه (ثم أيسر بعد ذلك فلا قيمة عليه، وإن لم يرفع حتى أيسر ففيها روايتان: إحداهما وجوب التقويم عليه)[2]، والأخرى سقوطه عنه، ومن أعتق من بقية الشركاء حصته بعد إعتاق المعسر حصته فلا قيمة عليه لشركائه، والعبد بين الشركاء مختلفة أنصابهم منه:

إذا أعتق اثنان حصتهما؛ قوم نصيب شريكهما الباقي عليهما بقدر أنصبائهما، وقيل: على عدد رؤوسهما بخلاف الشفعة، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً قوِّم على الموسر وسقط عن المعسر، وكل[3] من بعض العتق باختياره لزم تكميله عليه، مثل أن يشتري بعض عبد ممن يعتق عليه كاتبه ابنه[4]، أو أن يهب له[5]، أو يتصدق به عليه، أو أن يوصي له به فيقبله أو يأخذه صلحاً على أرش الجناية، أو عن دعوى على إقرار أو إنكار، أو يشتريه وكيل له وهو لا يعلم، أو تصدقه امرأة في نكاح عالمة به، أو ما أشبه ذلك،فأما إن ورثه فلا يلزمه تكميله ولو كان ببعض ما تقدم ذكره بعد عتق ما ملكه بالميراث لم يقوم عليه باقيه، ولو تأخر تقويم أمه[6]عتق بعضها حتى ولدت كان ولدها بمنزلتها يقوَّم[7] معها، والاعتبار في القيمة يوم الحكم دون يوم العتق، هذا الحكم فيه إذا كان بينه وبين غيره، فأما إن كان العبد كله له فأعتق بعضه فإن الباقي يكمل عليه..

---

(1) من الكتب المهمة في المذهب، ألفه ابن عبد الحكم.
(2) ما بين قوسين سقط من م.
(3) في (م): كان.
(4) ابنه: سقطت من م.
(5) في (ق): يذهب له.
(6) في (ق): متى.
(7) في (م): مقومين.

وقد اختلف عنه في تكميله هل يكون بالسراية أو بالحكم؟ فعنه في ذلك روايتان: إحداهما بالسراية، والأخرى بالحكم، ومن أعتق بعض عبده وهو مريض كمل عليه الباقي في ثلثه، ولو وصى بإعتاق بعض عبده أو بحصته من عبد ففي تكميله روايتان: إحداهما وجوبه، والأخرى سقوطه[1].

فصل [1. في عتق حصته من العبد]

وإنما قلنا: يعتق عليه حصته من العبد لقوله ﷺ: "لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم"[2] وهذا يملكه كله[3]، وقوله ﷺ: "من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه حصة شركائه"[4]، ولأنه أعتق ملكاً له ليس لأحد حق فيه؛ فوجب نفوذه كالمنفرد به.

فصل [2. في تكميل نصيب الشريك]

وإنما قلنا: إنه يكمل عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً لقوله ﷺ: "من أعتق شريكاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن المعتق؛ قوّم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم"[5]، ولأن تبغيض العتق جناية فيلزمه غرم ما أذهبه بجنايته، ولأن العتق مغلب ومبني على السراية فوجود نقصه يؤدى إلى تكميله.

(1) في جملة أحكام العتق هذه انظر: الموطأ: (772/2)، المدونة: (360/2)، التفريع: (21/2)، الكافي: (503)، المقدمات: (153/3).
(2) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب: في الطلاق قبل النكاح: (640/2)، وابن ماجة في الطلاق، باب: لا طلاق قبل النكاح: (660/1)، والترمذي في الطلاق واللعان، باب: ما جاء لا طلاق قبل النكاح: (486/3)، وقال: حديث حسن صحيح.
(3) في (م): ملكه.
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) سبق تخريج الحديث.

فصل [3. في اشتراط كون المعتق موسراً]

وإنما شرطنا أن يكون موسراً لقوله ﷺ: "...وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه وإلا فقد عتق منه ما أعتق"[1]، وهذا نص، ولأن في تقويم حصة الشريك عليه وهو معسر إضراراً به وبالشريك، وإنما لم نفرق بين الغائب والحاضر لعموم الخبر، ولأن الغائب يحكم عليه عندنا في الحقوق كلها ويستحب التوقف عليه إن كان قريب الغيبة لجواز أن يختار إعتاق نصيبه.

فصل [4. في عدم التفريق بين إذنه وعدم إذنه]

وإنما لم نفرق بين إذنه وعدم إذنه لعموم الخبر، ولأن تكميل العتق يتعلق به حقوق: حق الله تعالى، وحق العبد، وحق الشريك، فليس له إسقاط حق غيره ولا يصح أيضاً إسقاط حق نفسه قبل وجوبه.

فصل [5. اعتبار حصة الشريك بعد أخذ القيمة]

وإنما شرطنا في اعتبار حصة الشريك أن يكون بعد أخذ القيمة خلافاً للشافعي في قوله إنه يعتق بالسراية[2] لقوله ﷺ: "من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ صمن العبد؛ قوّم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وأعتق عليه"[3] فشرط في عتقه أن يقوَّم عليه العبد وأن يدفع إلى الشريك، ولأن تصرف الإنسان في مكله لا يسري إلى ملك غيره كالبيع، ولأنه تقويم لإزالة الضرر عن الشريك كالشفعة، وقد ثبت أن ملك المشتري لا يزول عن الشخص إلا بعد قبض الثمن؛ فكذلك في [العتق][4].

---

(1) سبق تخريج الحديث.

(2) انظر: مختصر المزني: (319)، الإقناع: (205).

(3) سبق تخريج الحديث.

(4) مطموسة في (ق) و(م).

فصل [6. في كون الولاء لمن أكمل عليه العتق]

وإنما قلنا: إن الولاء كله لمن أكمل عليه العتق لأن عتق جميع العبد من جهته فكان الولاء له، لقوله ﷺ:"الولاء لمن أعتق"[1].

فصل[7. ليس للشريك أن يأتي تكميل العتق]

وإنما قلنا: إنه ليس لشريكه أن يأبى ذلك إذا لم يعتق من حصته لعموم الخبر، ولأن في ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق العبد من تكميل العتق؛ فلا يترك ومراده.

فصل [8. إذا اختار إعتاق نصيبه]

وإذا قلنا إن إذا اختار إعتاق نصيبه فذلك له لأن الغرض تكميل العتق بينهما فمن أي الشريكين حصل جاز.

فصل [9. الولاء يكون بينهما]

وإنما قلنا: إن الولاء يكون بينهما حينئذ؛ لأن العتق حاصل منهما فلهما الولاء بقدر أنصبائهما.

فصل [10. في عدم صحة إعتاقه مؤجلاً]

ووجه قول مالك إنه لا يصح إعتاقه مؤجلاً لأنه باق على الرق إلى أن يحل الأجل، وإن مات قبل الأجل فعلى الرق ويبطل الغرض بتعجيل التكميل، ووجه قول عبد الملك إنه خدمة استثناء من لا يجوز له استخدامه فوجب بتخيير عتقه وسقوط استثنائه.

---

(1) أخرجه البخاري في الفرائض، باب: ما يرث النساء من الولاء: (11/8)، ومسلم في العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق: (1141/2).

فصل [11. في عدم الالتفات إلى قول العبد: لا أختار تكميل العتق]

وإنما قلنا: لا يلتفت إلى قول العبد: لا أختار تكميل عتقي؛ لعموم الخبر، ولأن في ذلك إسقاط حق الله تعالى وحق الشريك فلم يجز.

فصل [12. إذا كان المعتق معسراً لم يلزم العبد السعي في قيمة نصيبه]

وإنما قلنا: إن المعتق إن كان معسراً لم يلزم العبد السعي في قيمة نصيبه منه خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لقوله ﷺ: "من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه وأعطى شركاؤه حصصهم، وأعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق"[2]؛ ولأنه عتق من غير جهة من كانت منه الجناية فلم يكن واجباً كالمكاتب[3]، ولأن العبد لم تكن منه جناية ولا إتلاف، وكذلك الشريك الذي لم يعتق، وسبب الإتلاف هو من المعتق، فإذا لم يلزمه تقويمه فالعبد أولى.

فصل [13. إذا كانت مع الشريك قيمة بعض النصيب]

وإنما قلنا: إنه إذا كان معه قيمة بعض النصيب أخذت منه وعتق بقدرها من العبد لأن وجود المال لما كان شرطاً في وجوب التقويم على الشريك أوجب أن يكون كل جزء من العبد مقابلاً لجزء من المال، فإذا وجد من المال ما يعتق به بعضه عتق منه بقدره.

فصل [14. في التسوية بين العبد المعتق بعضهم مسلماً أو نصرانياً]

وإنما سوينا بين العبد المعتق بعضه مسلماً أو نصرانياً لعموم الخبر، ولأن ذلك حكم بين مسلمين فوجب أن يحكم فيه بحكم الإسلام.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (367)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (114/3).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): كالكتابة.

فصل [15. في التسوية بين كون السيد المعتق مسلماً أو نصرانياً]

وإنما سوينا بين كون السيد المعتق مسلماً أو نصرانياً لما قدمناه، ولأنه حكم بين مسلم ونصراني فوجب أن يعتبر في حكم الإسلام اعتباراً بسائر الأحكام.

فصل [16. في العبد المسلم بين نصرانيين يعتق أحدهما]

ووجه قوله في العبد المسلم بين نصرانيين يعتق أحدهما نصيبه منه إنه لا يقوَّم عليه حصة شريكه[1]؛ لأن تكميل العتق من حقوق الله تعالى[2] وليس من حقوق الآدميين، والكفار لا يؤخذون بحقوق الله تعالى، ووجه إيجاب التقويم أن في تكميل العتق ثلاثة حقوق، أحدها الله تعالى، والآخر للشريك، والآخر للعبد فيجب على هذا أن يكمل على النصراني المعتق نصيبه من العبد المسلم، لأنه حكم بين نصراني ومسلم، قاله شيخنا أبو القاسم رحمه الله.

فصل [17. إذا مات العبد قبل التقويم]

وإنما قلنا: إن العبد إذا مات قبل التقويم فلا قيمة على من أعتق حصته منه لأن القيمة تجب بالحكم، فإذا مات تعذر التقويم فلم يلزم الشريك شيء؛ لأنه لم يتلف على شريكه شيئاً.

فصل [18. إذا أيسر الشريك بعد الحكم بسقوط القيمة عنه]

وإنما قلنا: إنه إذا أيسر بعد الحكم بسقوط القيمة عنه لم يقوَّم عليه لأن الحكم بذلك قد نفذ فلا ينتقض بتغير الحال من بعد، فأما إذا لم يحكم بذلك حتى أيسر، فوجه قوله بوجوب[3] التقويم عموم الخبر، واعتباراً بيساره

---

(1) في (ق): حصته الشريك.
(2) في (م): عز وجل.
(3) في (ق): يوجب.

وقت الإعتاق، ووجه سقوطه أن العتق ضرب من الجناية والإتلاف فكان من شرط الغرم[1] فيه اعتبار اليسر وقت الفعل دون وقت الحكم، اعتباراً بغيره من الجنايات.

فصل [19. عدم غرم الشريك الثاني القيمة إذا أعتق نصيبه لشريكه الثالث]

وإنما قلنا: إن الشريك الآخر إذا أعتق فلا قيمة عليه لشريكه الباقي لأن الجناية بتبعيض العتق سابقة لإعتاقه، والقيمة إنما تلزم بالجناية.

فصل [20. هل توزع القيمة بين الشركاء على قدر أنصبائهم أن على عدد رؤوسهم]

ووجه قوله إن القيمة بين الشركاء(المعتقين على قدر أنصبائهم أنه حق الله تعالى تتعلق بالمال لإزالة الضرر عن الشركاء)[2] فكان على قدر الأنصباء اعتباراً بالشفعة، ووجه قوله إنها على عدد[3] الرؤوس تساويهم في الجناية بالتبعيض والضرر لا يختلف لكثرة التبعيض وقلته، وإنما قلنا: يقوم على الموسر ويسقط عن المعسر لأن الموسر إذا انفرد بإعتاق نصيبه يلزمه قيمة نصيب شريكه، والقيمة لا تلزم المعسر، فكان انضمامه إلى الموسر غير مؤثر في القيمة عنه إذا كان وجوده كعدمه وقال عبد الملك: يقوم على الموسر بقدر ما كان نصيبه إن كان شريكه المعسر موسراً، ووجه ذلك أنه لن ينفرد بتبعيض العتق وإدخال الضرر بل شاركه غيره في ذلك، فإذا سقط حق الذي لم يعتق على المعسر لم ينتقل إلى الموسر.

---

(1) في (م): العدم.
(2) ما بين قوسين سقط من ق.
(3) في (م): على قدر.

فصل [21. فيمن ملك جزءاً ممن يعتق عليه بالنسب]

وإنما قلنا: إن من ملك جزءاً ممن يعتق عليه بالنسب بشراء أو غير ذلك من اختبار التمليك فإن الباقي يقوَّم عليه فلأن تملكه[1] باختياره قصد منه إلى إعتاق ما يملك منه فكان كمبتدئ العتق في حصته من عبد مشترك بينه وبين غيره فلزمه تمليكه، وفرقنا بين ذلك وبين أن يرثه لأنه لا صنع له في الميراث فلا ينسب تبعيض العتق إليه.

فصل [22. فيمن ورث بعضه ثم عتق عليه]

وإنما قلنا: إنه إن ورث بعضه فعتق عليه ثم اشترى منه جزءاً آخر أو قبل هبته منه عتق عليه ولم يقوَّم باقيه لأن ابتداء تبعيض العتق لم يكن من جهته، فما يتجرد منه بعد ذلك ليس بجناية توجب عليه التقويم؛ كالشريك الثاني يعتق بعد إعتاق الأول فلا يقوَّم عليه نصيب الثالث.

فصل [23. في تقويم الأمة بولدها]

وإنما قلنا: إن الأمة تقوَّم بولدها إذا تأخر تقويمها؛ لأن العتق قد تعذر فيها وقد ثبت لها وكان حكم ولدها حكمها، وسواء كانت حاملاً يوم العتق للجزء منها أو حملت بعد ذلك لأنه داخل في حكمها ومقوَّم على معتق سهمه منها.

فصل [24. الاعتبار بالقيمة في العبد يوم الحكم دون يوم العتق]

وإنما قلنا: إن الاعتبار في القيمة يوم[2] الحكم دون يوم العتق؛ لأن القيمة يتقدر وجوبها[3] بالحكم لا بنفس الإعتاق، ألا ترى أن الشريك لو اختار إعتاق حصته لكان له ذلك، فما لم يحكم بها لا يجب، وإذا كان كذلك كان الاعتبار بها يوم الحكم دون يوم العتق.

---

(1) في (م): تمليكه.
(2) يوم: سقطت من (م) و(ر).
(3) في (م): يتعذر.

فصل [25. إذا أعتق جزءاً من عبد يملك جميعه]

وإنما قلنا: إنه إذا أعتق جزءاً من عبد يملك جميعه عتق عليه الباقي لأنه مبتدئ تبعيض العتق فوجب أن يكمل عليه[1] باقيه أصله العبد المشترك، ولأن الحكم عليه في حصته أقوى من الحكم في حصة غيره؛ فلما كان التكميل[2] واجباً عليه في حصة غيره كان في حصة نفسه أولى.

فصل [26. في وجه الرواية أنه يعتق الباقي بالحكم]

ووجه الرواية الظاهرة أنه يعتق الباقي بالحكم اعتباره[3] بالعبد بين الشريكين، ووجه السراية أنه مبني على التغليب فإذا بعض في حق نفسه لم يبعض وسرى إلى الجميع، كأن لو قال: يدك حرة أو رجلك، ويفارق ذلك العبد المشترك لأن تكميل العتق هناك جهة غير جهته[4] يمكن فيها، بخلاف المنفرد به.

فصل [27. في ابتداء العتق من المرض]

وإنما قلنا: إنه إذا ابتدأ ذلك في مرضه قوِّم عليه الباقي في ثلثه لأن التصرف على غير وجه المعارضة لا يجوز في المرض إلا في الثلث، كالهبة والصدقة.

فصل [28. في وصيته بإعتاق بعض عبده أو بشرك له]

ووجه قوله في الوصية بإعتاق بعض عبده أو بشرك له فيه[5] فإنه يكمل عليه بقيته عمومه الخبر، والمعتق في وصيته معتق، ولأنه مختار للتبعيض[6] فأشبه مباشرة الإعتاق في الحياة (وإذا وجب التكميل فهو في الثلث لأن

---

(1) في (م): استتمامه.
(2) في (ق) و(ر): التمليك.
(3) في (م): اعتباراً.
(4) غير جهته: سقطت من (ق).
(5) في (م): منه.
(6) في (م): لتبعيض العتق.

حكم الثلث بعد الوفاة حكم جميع المال في الحياة)[1]، ولأنه لا يملك بعد موته إلا الثلث، ووجه نفى التكميل أن ملكه قد انتقل إلى ورثته وليس له إلا ما تصرف فيه من ثلثه، وما لم يتصرف فيه في وصيته فهو للورثة، ولم يكن من الورثة جناية توجب تكميل العتق عليهم فلا يجب التكميل[2] في حقوقهم.

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) في (م): التقويم.

باب: حكم المعتقين عند موت سيدهم

ومن أعتق في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم ومات من ذلك المرض؛ أقرع بينهم فأعتق الثلث ممن خرج عليه السهم منهم ورق الباقي، ولا يعتق من كل واحد ثلثه[1]..

وقال أبو حنيفة: لا مدخل للقرعة في العتق أصلاً ولكن يعتق من كل واحد لثلثه[2] ويستسعى في قيمة بقيته فإذا أداها إلى الورثة عتق[3].

ودليلنا حديث عمران بن الحصين: أن رجلاً أعتق أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فبلغ النبي ﷺ فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة[4]: ففيه أدلة:

(أحدهما أنه ﷺ أقرع، وعند المخالف أنه لا يقرع)[5].

والثاني: أنه أعتق اثنين كاملين وعندهم لا يعتق رأس كامل.

والثالث: أنه نقل الحكم والسبب فلم ينقل الاستسعاء فدل على أنه غير واجبن، ولأن المريض ممنوع من جميع ماله فلم يكن له أن يعتق كل عبيده إذا كان لا يملك غيرهم، فإذا فعل ذلك عتق منه الثلث الذي كان يملك التصرف فيه ورُقَّ الباقي، ولم يكن بعضهم أولى من بعض إذ لا مزية لبعضهم، واحتيج إلى تمييز من يعتق من نصيب الورثة فلم يكن إلى ذلك طريق إلا الإقراع.

---

(1) انظر: المدونة: (2/373-400،274)، التفريع: (2/23)، الرسالة: (225)،/ الكافي: (506).
(2) ثلثه: سقطت من (م).
(3) انظر: مختصر الطحاوي: (374)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (3/116-117).
(4) أخرجه مسلم في الأيمان، باب: من أعتق شركاً له عبد: (3/1288).
(5) ما بين قوسين سقط من (م).

فصل [1. فيمن قال: ثلث رقيقي أحرار]

ولو قال: ثلث رقيقي أحرار أسهم بينهم؛ لأنه لن يعين فوجب الإقراع لتمييز نصيب العتق[1] من نصيب الرق اعتباراً بعتق جميعهم ولو قال ثلث كل واحد منهم حر لم يقرع بينهم لأنه قد تميز نصيب العتق[2] من نصيب الرق وقصد إلى إعتاق ثلث كل واحد منهم فنفذ العتق فيه ولم ينقل إلى غيره، وإذا أعتق الثلث شائعاً فلم يقصد عتق عبد بعينه ولا ميزه من غيره ولذلك وجب الإقراع[3].

فصل [2. في المعتق بعضه]

والمعتق بعضه يكون له من نفسه بقدر ما فيه من العتق يقاسم سيده الخدمة كالعبد بين شريكين[4]، وماله موقوف بيده ليس للسيد[5] انتزاعه كالمشترك لأنه ليس لأحد الشريكين أخذ ماله بغير إذن الآخر، وحاله في جراحه وحدوده حال عبد في أنه لا يقتص له من حر ولا يحد الأحرار[6]، ولا يكون محصناً ولا تقبل شهادته[7]؛ لأن أحكام الرق أغلب عليه[8] من أحكام الحرية، ولأن المواريث[9] طريقها الفضيلة، ولم يبلغ منزلة الفضيلة فيرث أو يورث، ولا شيء لمن أعتق نصيبه منه لأنه لا حكم لبعض الولاء مع الرق.

---

(1) في (ق): المعتق.
(2) في (ق): المعتق.
(3) انظر: المدونة: (374/2)، التفريع: (23/2)، الرسالة: (225)، الكافي: (507)
(4) في (م): بين رجلين شريكين.
(5) في (م): لسيده.
(6) في (م): الحر.
(7) انظر: التفريع: (22/2)، الرسالة: (225)، الكافي: 504-505).
(8) عليه: سقطت من (ق).
(9) في (م): الموارثة.

فصل [3. حكم المثلة بالرق]

ومن مثَّل بعبده فقطع بعض أطرافه أو أعضائه أو سجل أسنانه أو فقأ عينه قاصداً بذلك لزمه إعتاقه[1]؛ خلافاً لأبي حنيفة والشافعي؛ لقوله ﷺ: "من مثَّل بعبده عتق عليه" وروي: "فهو حر عليه"[2]، ولأن ذلك عقوبته لئلا يعود إلى مثله فعوقب بعتقه كعقوبة القاتل عمداً بمنع الميراث، وإذا أراد أدبه فأصابه من ذلك ما لم يرده فلا يعتق عليه لأن الخطأ لا يستحق عليه به عقوبة لأنه غير مقصود ولا إثم فيه.

وإذا أعتق عليه فولاؤه له لأنه هو المعتق له وإن كان معتقه مستحقاً عليه كالعتق في الكفارة ومن يعتق عليه من نفسه، وعنه في كيفية عتقه روايتان:

إحداهما: أنه يعتق عليه[3] بنفس المثلة[4] دون الحكم، والأخرى: دون نفس المثلة، فوجه الأولى قوله: ﷺ: "من مثَّل بعبده عتق عليه" وروي: "فهو حر عليه"[5] وظاهره يفيد بنفس الفعل، ووجه الثانية أنه فعل من جهته في العبد استحق به إعتاقه بالشرع فوجب أن يفتقر إلى الحكم[6] كتبعيض العتق.

فصل [4. في مال العبد المعتق]

ومن أعتق عبداً[7] تبعه ماله، إلا أن يشترطه السيد، وكذلك إذا أوصى بعتقه[8] لقوله ﷺ: "من أعتق عبداً وله مال فماله له إلا أن يستثنيه

---

(1) انظر: المدونة: (397/2)، التفريع: (24/2)، الرسالة: (225).
(2) أخرجه الحاكم (368/4)، وأصله في الصحيحين بلفظ: "من لطم مملوكاً أو ضربه فكفارته عتقه..."
(3) يعتق عليه: سقطت من (م).
(4) في (م): بالمثله.
(5) سبق تخريج الحديث قريباً.
(6) في (م): حاكم.
(7) في (م): عبده.
(8) انظر: التفريع: (23/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (511).

سيده"[1]، وكذلك حكم إعتاقه المباشر في الوصية واحد، ولهذه المسألة فروع مبنية على أصلين يختلف قول مالك فيهما؛ وهما بيع العبد وعتقه لم يختلف قوله إن في البيع يكون المال للبائع إلا أن شرطه المشتري وفي العتق يكون تابعاً للعبد إلا أن يستثنيه السيد.

واختلف عنه في الوصية به وهبته بغير عوض والتصدق به وإسلامه في الجناية فعنه فيها روايتان:

إحداهما أن ماله يتبعه، والأخرى: أن ماله لسيده الأول، وإنما يختلف في ذلك لاختلاف تعليل الأصلين بالبيع والعتق معللان بإحدى علتين: إحداهما أن البيع خروج ملك بعوض فلذلك لم يتبع العبد ماله، والعتق خروج ملك بغير عوض (فلذلك تبعه ماله فعلى هذا الاعتلال يكون ماله في الوصية والصدقة والهبة تابعاً له لأن كل ذلك خروج بلا عوض)[2]، وفي أرش الجناية لا يتبعه لأنه خروج ملك بعوض.

والأخرى أن علة البيع أنه خروج ملك إلى[3] ملك فلذاك لم يكن تابعاً له، والعلة في العتق أنه خروج ملك إلى غير[4] ملك لذلك يتبعه ماله وعلى هذا يكون في الوصية والهبة والصدقة ماله لسيده الأول لا يتبعه لأنه خروج ملك إلى ملك كالبيع.

فصل [5. في ولد العبد المعتق]

ولا يتبعه ولده؛ لأن ولده ملك لسيده فلا يتبعه كسائر أملاك[5] سيده.

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) ما بين قوسين سقط من ق.
(3) إلى: سقطت من م.
(4) في (ق): بغير.
(5) في (م): أموال.

فصل [6. في عتق الجنين مع الحامل إذا أعتقت]

ومن أعتق حاملاً عتق جنينها معها لأن كل ولد حدث من تزويج أو زنا فهو تابع لأمه في الحرية والرق[1]، وكل عقد في الرقبة لا سبيل إلى حله اعتباراً بالأمة تزوج، ولأنه لا يوجد في الأصول حرة حامل[2] بعبد.

فصل [7. في عتاقة المديان]

عتاقة المديان الذي أحاط الدين بماله لا تجوز إلا بإجازة الغرماء[3]؛ لأن حقوق الغرماء متعلقة بماله وذمته ولهم التسلط على انتزاع ماله من يده في حقوقهم، ففي إعتاقه إتلاف أموالهم فلا ينفذ إلا بإجازتهم.

فصل [8. في عتاقة المولى عليه]

عتاقة المولى عليه غير جائزة[4]؛ لأن الحجر عليه يمنعه من التصرف في ماله فيما (ليس بحظ له وجواز ذلك إتلاف)[5] ماله وزوال فائدة الحجر.

فصل [9. في عتاقة الغلام والجارية قبل بلوغهما]

عتاقة الغلام والجارية قبل بلوغهما غير جائز[6]؛ لأنه قبل البلوغ لا حكم لقوله ولا لعقوده، ولأنه ممنوع من التصرف في ماله بالحجر الثابت عليه، ولأن البالغ المولى عليه لا ينفذ[7] عتقه فالصغير أولى.

فصل [10. إذا وطئ المديان أمة لا يملك غيرها]

إذا وطئ المديان أمة لا يملك غيرها وحملت فإنها تكون أم ولد ويتعلق حقوق الغرماء بذمته ولا تباع في الدين[8]، والفرق بين ذلك وبين أن يعتقها

---

(1) انظر: التفريع: (23/2)، الرسالة: (225)، الكافي: (511).
(2) في (ق): حاملة.
(3) انظر: المدونة: (376/2)، التفريع: (24/2)، الرسالة: (225)، الكافي.
(4) انظر: التفريع: (24/2)، الرسالة: 226).
(5) ما بين قوسين سقط من ق.
(6) انظر: المدونة: (391/2)، التفريع: (24/2)، الرسالة: (226).
(7) في (ق): لا ينعقد.
(8) انظر التفريع: (24/2).

بالقول فلا ينفذ إلا بإذن الغرماء؛ أن الفعل إذا وقع لا يمكن إزالته وقد استقر عقد العتق فتعذر إبطاله، ألا ترى أن المريض لا ينفذ عتقه بالقول، فلو وطئ أمة فحملت لكانت أم الولد.

فصل [11. الذين يعتقون على ملاكهم بالقرابة]

الذين يعتقون على مُلاكهم بالقرابة عمودي النسب الأعلى والأسفل كالوالدين والأجداد والجدات من قبل الأب والأم، قربوا أو بعدوا، والوارثين وغير الوارثين وأولادهم الذكور والإناث منهم والإخوة والأخوات، من أي قبيل كانوا هم أنفسهم لا يتعدى ذلك إلى أولادهم، ولا يعتق سواهم من عم أو عمة أو خال أو خالة، ولا من يحرم منهم ولا من لا يحرم[1].

والكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع؛ أحدها: وجوب العتق في عمودي النسب خلافاً لداود في قوله: لا يعتق أب ولا ابن إلا أن يبتدئ المشتري بإعتاقه[2].

والثاني: في الإخوة خلافاً للشافعي في قوله إنهم لا يعتقون[3].

والثالث: مع أبي حنيفة في قوله إن كل ذي رحم يعتق بالملك[4].

فدليلنا على داود قوله تعالى: ﴿ وَقَالُواْ ٱتَّخَذَ ٱلرَّحۡمَٰنُ وَلَدٗا ﴿٨٨﴾ لَّقَدۡ جِئۡتُمۡ شَيۡـًٔا إِدّٗا ﴿٨٩﴾ تَكَادُ ٱلسَّمَٰوَٰتُ يَتَفَطَّرۡنَ مِنۡهُ وَتَنشَقُّ ٱلۡأَرۡضُ وَتَخِرُّ ٱلۡجِبَالُ هَدًّا ﴿٩٠﴾ أَن دَعَوۡاْ لِلرَّحۡمَٰنِ وَلَدٗا ﴿٩١﴾ وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴿٩٢﴾ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدٗا ﴿٩٣﴾ ﴾[5] فنفى عن نفسه اتخاذ الولد وعلل ذلك بأن الكل عبيد له وذلك بأن الكل عبيد له، وذلك ينفي

---

(1) انظر: المدونة: (385/2)، التفريع: (25/2)، الرسالة: (226)، الكافي: (509).
(2) انظر المحلى: (220/10).
(3) انظر: الإقناع: (05)، المهذب: (5/2).
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (392)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (114/3).
(5) سورة مريم الآيات: (88-93).

كون الولد عبداً، وقوله ﷺ: "من ملك ذا رحم محرم فهو حر"[1]، ولأن المخالف لا يخلو أن يقول: إن الإنسان إذا ملك أباه وابنه فإنه يعتق عليه بنفس الملك، فلذلك قولنا؛ أو يقول: لا يعتق[2] عليه بل يؤمر بإعتاقه ويلزم ذلك، وكل هذا خلاف الأصول؛ لأن الإنسان لا يستحق عليه إيقاع حرية في ملكه بغير سبب كان من جهته كالنذر والكفارة.

فصل [12. في الدليل على الشافعي في قوله: إنهم لا يعتقون]

ودليلنا على الشافعي عموم الخبر، ولأن الأخوة نسب يحجب الأم عن الثلث إلى السدس كالولادة، ولأن التعصيب يكون من ذكورهم لإناثهم[3] كالولد.

فصل [13. في الدليل على أبي حنيفة في قوله أن كل ذي رحم يعتق بالملك]

ودليلنا على أبي حنيفة في العم والخال لأن كل من حلَّت لإنسان[4] بنته بعقد نكاح أو بملك يمين لم يعتق عليه بالملك، كذلك[5] العم لأن ابنته تحل لابن عمها، ولأن كل جنس يرث ذكورهم دون أبنائهم فلا يعتقون بالملك كبني العم.

فصل [14. في عدم الحاجة إلى حكم الحاكم في الذين يعتقون على ملاكهم بالقرابة]

ولا يحتاج في ذلك إلى حكم حاكم بل يعتقون به بنفس الملك[6]؛ لقوله ﷺ: "من ملك ذا رحم محرم فهو حر"[7]، ولأن الحاكم إنما يراد فيما يجوز تبقيته بوجه فأما سوى ذلك فلا حاجة بالحكم إليه [8].

---

(1) أخرجه أبو داود في العتق، باب: من ملك إذا رحم محرم: (259/4)، وابن ماجة في العتق، باب: من ملك ذا رحم: (843/2)، والترمذي في الأحكام، باب: من ملك ذا رحم محرم: (646/3)، والحديث تفرد به ضمرة، والحديث صحيح إذا أسنده ثقة (نصب الراية: 279/3).

(2) في (م): ألا.

(3) في (م): من ذكرهم لأبنائهم.

(4) في (ق): من حلة الإنسان.

(5) في (م): أصله.

(6) في (ق): المالك.

(7) سبق تخريج الحديث قريباً.

(8) في (م): بالحكم فيه.

ومن أعتق عبده أو أمته إلى أجل لم يعتق إلا بعد حلوله، بخلاف الطلاق إلى أجل؛ لأن الوطء لا يتوقف، فلما اعترض هذا المعنى في الطلاق أنجزناه ولم يعترض مثله في العتق فتركناه على موجب عقده ولم يجز له وطء الأمة المعتقة إلى أجل لأن المعنى فيها وفي الزوجة (واحد؛ وهو منع توقيت الوطء إلا أن في الأمة لم يتنجز الحرية لأنه يجوز أن يبقى ملكه على من لا يجوز له وطؤها، وفي الزوجة لا يجوز أن يبقى عقده على من)[1] لا يجوز له وطؤها؛ لأنه ليس منها إلا الوطء فإذا حرم ذلك[2] زال العقد.

فصل [15. إذا أعتق عبده وله أمة حامل تبعته أمته ولم يتبعهم ولده]

إذا أعتق عبده وله أمة حامل تبعته أمته ولم يتبعه ولده؛ لأن أمته ماله ومال العبد في العتق تابع له، وولده ملك لسيده لأنه لا يملك ولد نفسه.

ولو أعتق العبد الأمة وهي حامل لم ينفذ عتقها وهي حامل حتى تضع[3]؛ لأن في نفوذ عتقها أحد أمرين ممنوعين:

إما أن يعتق الأمة دون الحمل فذلك غير جائز لأن استثناء حمل الأم في العتق غير جائز، أو أن تعتق هي وحملها فيؤدى ذلك إلى أن يعتق على غير ملكه بغير اختياره ولا جناية كانت منه، فلما كان مؤدياً إلى ما ذكرناه من المنع وجب وقفه إلى أن تضع وتعتق الأمة (ويكون الولد للسيد، والله أعلم)[4].

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) ذلك: سقط من (م).
(3) انظر: التفريع: (23/2)، الرسالة: (225).
(4) ما بين قوسين: سقط من (ق).

باب[1]: الولاء[2]

لا يحل بيع الولاء ولا هبته[3]، والأصل فيه نهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته، وقوله ﷺ: "الولاء لحمة كلحمة النسب؛ (لا يباع ولا يوهب[4]".

والولاء لمن أعتق لقوله ﷺ:"الولاء لمن أعتق[5]" وليس للعبد صرفه إلى غيره معتقه؛ لقوله ﷺ: "الولاء لحمة كلحمة النسب)،[6] ومن ادعى إلى غير أبيه أو توالى غير مواليه فعليه لعنة الله"[7].

فصل [1. في عدم إرث النساء من الولاء شيئاً]

لا يرث النساء من الولاء شيئاً وإذا ترك المعتق ولداً ذكوراً وإناثاً فالولاء من ولده دون الإناث[8]، وهذا إجماع الصحابة – رضوان الله عليهم–[9]، والأصل فيه أن الولاء يورث بالتعصيب المحض، والنساء لا تعصيب فيهن فلم يرثن بالولاء، وإنما قلنا: إنه يورث بالتعصيب لأن الميراث يكون بثلاثة أوجه: إما برحم كالولادة وما تعلق به من النسب، أو بالنعمة[10]، أو بالتعصيب وهو الولاء، ولأنه ليس في العتق أكثر من النعمة التي حصلت

---

(1) في (م): كتاب.

(2) **الولاء**: بفتح الواو والمد- من الولاية وإلى وهو القرب، واصطلاحاً: صفة حكيمة توجب لموصفها حكم العصوبة عند عدهما كائن (الفواكه الدواني: 161/2).

(3) انظر الموطأ: (780)، المدونة: (64/3)، التفريع: (26/2)، الرسالة: (226/2)، الكافي: (512).

(4) سبق تخريج الحديث.

(5) أخرجه البخاري، باب: ما يرث النساء من الولاء: (11/8)، ومسلم في العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق: (1141/2).

(6) ما بين قوسين سقط من (ق).

(7) أخرجه الطبراني في الأوسط، وفيه عبد الله بن عطية؛ قال الذهبي: لا أعلم من روى عنه (مجمع الزوائد: 235/4).

(8) انظر: التفريع: (26/2)، الرسالة: (226)، الكافي: (512).

(9) انظر البيهقي: (306/10)، وعبد الرزاق: (33/90).

(10) في (م): من الرحم أو بالصهر.

من جهة المعتق فجعلته عصبة، وإذا كان كذلك لم يرث منه النساء لأنهن لا يرثن إلا بالرحم، ولأن النسب أقوى في التوريث له من الولاء؛ بدليل أنه لا يورث بالولاء وهناك نسب ما يورث به، فإذا ثبت ذلك لم يكن للنساء مدخل في التوريث مما تراضى من النسب، كان بأن لا يكون لهن مدخل في الولاء أولى[1].

فصل [2. أولى العصبة بإرث الولاء]

وأولى العصبة بإرث الولاء[2]: الابن ثم ابن الابن ثم الأب ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم الجد ثم العمومة[3]، ثم ابن العمومة[4] وإنما قلنا: إن الابن أولى لما قدمناه[5] من أن الولاء مستحق بالتعصيب المحض دون الرحم، ويختص به من قوي تعصيبه على غيره، وتعصيب البنوة أقوى من التعصيب بالأبوة والجدودة؛ لأن تعصيب الجدودة والأبوة يشوبها الرحم والولادة وتعصيب البنوة محض لا يشوبه شيء؛ فكان البنون[6] أولى من كل أحد.

وإنما قلنا: إن ابن الابن وإن سفل أولى من الأب وغيره للاتفاق على أن ابن الابن قائم مقام الابن عند عدمه في كل الأحكام وكذلك في الولاء.

وإنما قدمنا الأب على الجد والإخوة؛ لأنهم يدلون به فكان مقدم على من يدلي به، ألا ترى أن الجد يقول: أنا أبو أبي الميت والإخوة يقولون نحن بني أبيه فكلهم يدلون[7] بقربهم من الأب؛ فوجب أن يكون الأب مقدماً على من يدلي به ويستفيد القرب من جهته.

---

(1) أولى: سقطت من م.
(2) في (م): الولي.
(3) في (ق): العم.
(4) انظر: الموطأ: (784/2)، المدونة: (3/81-82)، التفريع: (26/2)، الرسالة: (226).، الكافي: (512).
(5) في (م): بيناه.
(6) البنون: سقطت من (م).
(7) في (م): يدلي.

وإنما قلنا: عن الإخوة وبينهم في ميراث الولاء مقدمون[1] على الجد خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2] في قولهما: إن الجد أولى؛ لأن تعصيب (الأخوة أقوى من تعصيب)[3] الجدود وأقرب إلى الميت لأن الجد يدلي بأبوة الأب والإخوة يدلون ببنوة الأب والإدلاء بالبنوة أقوى من الإدلاء بالأبوة: ألا ترى أن الأب يصير مع الابن بمنزلة الأم يأخذ بالفرض ويسقط تعصيبه فكان الأخ مقدماً على الجد في ذلك.

وإنما قلنا: إن بني الإخوة كالإخوة؛ لأن الإدلاء بالبنوة موجود فيهم، والنزول لا يؤثر في ذلك، ألا ترى أن ابن الابن وإن سفل مقدم على الأب وعلى الجد.

وإنما قلنا: إن الجد مقدم على العم؛ لأن العم يدلي بالجد فكان الجد مقدماً على من يدلي به، فكذلك العمومة مقدمون على بنيهم لهذا المعنى.

فصل [3. في استحقاق الولاء بالكبر]

الولاء يستحق بالكبر، فلا يستحق البطن الثاني منه شيئاً ما بقي من البطن الأعلى موجود، وبيان ذلك: أن يموت رجل ويترك ولاء وثلاثة بنين فيرث البنون بالسوية ثم يموت اثنان ويتركا ابنين ويموت المولى، فيكون ميراثه للابن الباقي دون بني إخوته[4].

وإنما قلنا: ذلك لأن الولاء مع اختصاصه بالتعصيب يختص بمن قوي تعصيبه وقرب دون من بعد عنه، وليس هو من باب ميراث المال بسبيل، بدليل أن الميت لو ترك ابناً واحداً لم يستحق الجد شيئاً، وإنما هو من باب

---

(1) في (ق): مقدم.
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (399-400)، مختصر المزني: (321-232).
(3) ما بين قوسين سقط من (ق).
(4) انظر: الموطأ: (785/2)، المدونة: (81/3)، الرسالة: 226)، الكافي: (512).

الولاية[1] فهو للأقرب، يبين ذلك أن من يستحق العصبة شيئان: ميراث وولاية، إما في نكاح أو قصاص، وبأيهما اعتبرت الولاء وجدته لا يدخل أبناء مع وجود آبائهم أو عمومتهم فلذلك قلنا إن البطن الأول مقدم على البطن الثاني.

فصل [4. في كون الولاء للمعتق عنه]

ومن أعتق عبداً عن رجل بإذنه أو بغير إذنه فالولاء للمعتق عنه[2]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي حين قالا: إن الولاء للمعتق إن كان أعتق عنه بغير إذنه[3]؛ لأنه إذا أعتق عبده عن غيره فقد ملكه إياه بشرط العتق عنه فكان كالوكيل أنه إذا أعتق عبد غيره عن مالكه فالولاء للمعتق عنه، ولأن الولاء جارٍ مجرى النسب فلا يفتقر حصوله لمن يحصل له إلى إذن منه، ألا ترى أن الأخوة والعمومة تحصل للإنسان شاء أم أبى بوطء قريبه الذي يولد له منه فيثمر هذه الأنساب، فكذلك الولاء؛ يعتق زيد عبده فيثبت ولاؤه لعصبته شاءوا أو أبوا، وإذا صح ذلك جاز أن يكون الولاء للمعتق وإن لم يكن منه إذن أعتقه فكان الولاء لمن أعتق عنه كما لو كان بإذنه.

فصل [5. في السائبة]

السائبة هو الذي يعتق عن[4] المسلمين فولاؤه للمسلمين لا لمن أعقته؛ للمعنى الذي قدمناه[5]، وإنما سمي سائبة لأن المعتق رفع يده عنه من كل وجه من جهة الملك والولاء فصار الولاء لغير مالك[6] بعده[7] بعينه بل

(1) في (م): الولايات، وفي (ر): الولاء.
(2) انظر: المدونة: (64/3)، التفريع: 27/2)، الكافي: (513).
(3) انظر: مختصر الطحاوي: (398)، المهذب: (21/2).
(4) عن: سقطت من (م).
(5) انظر: الموطأ: (785/2)، التفريع: (27/2)، الرسالة: (226)، الكافي: (513).
(6) في (م): ماله.
(7) بعده: سقطت من (م) و(ر).

لجماعة المسلمين، كالجمل المسيب الذي لا يعرض له[1] على ما كانوا يفعلونه في الجاهلية، وكذلك ما أعتقه الإنسان عن زكاته أو عتقه الإمام[2] أو المزكي، وذلك بخلاف المعتق في الكفارات لأن الكفر أعتقه من نفسه فكان الولاء له، وفي الزكاة إنما أعتقه عن المسلمين لأنه من أموال المسلمين فكان كالمعتق عبداً عن غيره من مال ذلك الغير؛ أن الولاء للمعتق عنه.

فصل [6. ولاء المنبوذ]

وولاء المنبوذ للمسلمين دون ملتقطه هكذا أطلقه أصحابنا، ومرادهم أنه لا ولاء عليه لأحد وأن ميراثه لا يختص به ملتقطه؛ لأنه حر بالأصل وإنما يطرأ الرق بالسبي لبعض الأحرار، فكان كل موجود من الناس حراً إلا أن يطرأ عليه ما ينقله إلى الرق[3].

فصل [7. في مولى الموالات]

مولى الموالات لا يرث، وصفته أن يكون رجلان ولا نسب بينهما يوالى أحدهما الآخر على أن يتوارثا ويتعاقلا فهذا عندنا لا يصح ولا يلزم[4]، وعند أبي حنيفة: يصح، ويتوارثان ويتعاقلان، ولهما أن يفسخا الموالات ما لم يعقل أحدهما عن الآخر[5] . فدليلنا قوله ﷺ: "إنما الولاء لمن أعتق"[6] فانتفى أن يكون ولاء لغير معتق، ولأن الموالات[7] سبب لا يورث به مع وجود النسب فكذلك مع فقده أصله: إذا أسلم الرجل على يد رجل

---

(1) في (ق): كالجمل المسيب الذي لا يفرضوا له.
(2) ما بين قوسين سقط من (ق) و(ر).
(3) انظر: المدونة: (76/3)، التفريع: (27/2)، الكافي: (513).
(4) انظر: التفريع (26/2).
(5) انظر الطحاوي: (399-400) ، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (139/2).
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (م): الولاء.

عكسه الزوجية، ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له نقل ميراثه عنهم بالموالات كالمتناسبين.

ومن أسلم على يد رجل فلا ولاء له عليه، (خلافاً لمن يقول إن الولاء له[1])[2] للخبر، ولأن الولاء بالإنعام بالعتق، وهذا معدوم فيمن أسلم) على يده.

إذا أعتق المسلم نصرانياً فالولاء مراعى، فإن أسلم[3] كان ميراثه للمسلم إن مات، وإن مات النصراني قبل أن يسلم فلا ولاء للمسلم عليه، وقال الشافعي: يثبت له الولاء عليه ويرثه[4].

فدليلنا أن الإرث بالنسب على الإرث بالولاء، وآكد منه لأن الولاء شبه به، وقد ثبت أنه لا توارث بين المسلم والكافر بالنسب، وكذلك بالولاء..

ويفارق ذلك ميراثه من عبده النصراني إذا مات لأن رقبته كانت ملكاً له فكان حكم ماله حكم رقبته، إلا أنه ميراث على الحقيقة، ولأن المباينة بالملة تمنع الإرث بالنسب والولاء دون الرق.

فصل [8. إذا أسلم النصراني ثم مات]

وإذا ثبت أنه لا يرثه إذا مات، فإن أسلم النصراني ثم مات ورثه مولاه المسلم؛ لأن الإنعام عليه ثابت له، وإنما كان يمنعه ميراثه مباينته له في ملته، فإذا أسلم زال المنع كالنسب.

---

(1) قاله أحمد وإسحق (المغني: 380/6).
(2) ما بين قوسين سقط من (م).
(3) ما بين قوسين سقط من (ق).
(4) انظر المهذب: (21/2).

فصل [9. إذا مات النصراني المعتق]

وإذا مات النصراني المعتق وترك مولاه المسلم الذي أعتقه وورثه من أهل دينه، فعنه في ذلك ثلاث روايات[1]:

إحداها: أنه لا يرثه سيده الذي أعتقه ولا أحد من قرابته ويكون ماله فيئاً لجماعة المسلمين.

والثانية: أنه يرثه ولده دون غيرهم من أقاربه.

والثالثة: يرثه جميع ورثته.

فوجه الأولى: أن سيده إنما لم[2] يرثه لمباينته له في الملة[3] والميراث موضوع على التساوي الحرم؛ فلم يجز أن يرثه ورثته من أهل دينه لأن حرمته أعلى من حرمتهم لثبوت ولاء المسلمين عليه[4].

ووجه الثانية: أن ولدهم[5] هو موالى سيده الذي أعتقهم فكان حكمهم حكمه في كونهم على ملته وعلى مثل حرمته وثبوت الولاء عليهم لسيده؛ فلذلك اختصوا بميراثه دون سائر أقاربه.

ووجه الثالثة: أن جميع ورثته بمنزلته في الحرمة والدين؛ فورثوه اعتباراً بسائر أهل ملته، وعنه رواية أخرى: أنه يرثه ولده ووالده خاصة لأنه ليس في القرابة ما يوازي الأبوة والبنوة، والثالثة أصح.

فصل [10. إذا أذن السيد لعبده في أن يعتق عبداً له فالولاء للسيد]

إذا أذن السيد لعبده في أن يعتق عبداً فالولاء للسيد فإن أعتق العبد لم يرجع الولاء له، وكذلك المدبر وأم الولد إذا اعتقا بإذن سيده، وإذا أذن

(1) انظر: الموطأ: (785/2)، المدونة: (75/3)، الكافي: (513).
(2) في (م): أيضاً.
(3) في (م): مثله.
(4) في (ق): المسلم عليهم.
(5) في (م): والده.

لمكاتبه أن يعتق فأعتق فالولاء للسيد ما دام المكاتب لم يعتق فإن أعتق عاد الولاء إليه[1]..

والفرق بين المسألتين أن لسيد العبد انتزاع ماله فإذا أذن له أعتق، وليس هو من أهل الولاء في تلك الحال، كان السيد كأنه هو الذي أعتق فيكون الولاء له، وإذا ثبت الولاء في جهة الحر[2] لم يجز انتقاله بعد ثبوته إلى جهة أخرى.

وأما المكاتب فسيده ممنوع من انتزاع ماله لما ثبت له من عقد الحرية، فإذا أذن له في العتق كان عتقه مراعى فإن مات أو عجز تقرر الولاء لسيده، فإذا أدى وعتق ثبت أن الولاء ثابت له..

وكذلك لو أعتق بغير إذن السيد فلم يعلم السيد حتى أدى المكاتب وعتق؛ فإن الولاء للمكاتب لأنه إنما كان ممنوعاً من الإعتاق لحق السيد فإذا زال حق السيد عنه بعد عتقه وتقرر الولاء له، فإن علم السيد قبل أن يعتق المكاتب بالأداء فله أن يرد عتقه، فإن رده بطل وعاد العبد رقاً ولم يلزم المكاتب إذا أعتق أن يعتقه بعد ذلك.

فصل [11. في جر الولاء]

جر الولاء ثابت عند كافة أهل العلم[3] لا خلاف فيه[4]، إلا ما يحكى عن رافع ابن خديج، وصفته: أن يتزوج عبد معتقة فيولدها فإن ولاء ولدها منه لمواليها الذين أعتقوها، فإن أعتق العبد جر ولاء ولده إلى مواليه الذين أعتقوه، ولو تزوج حرة لا ولاء عليها كان بقية ميراث الولد بعد حصة أمه

---

(1) انظر: الموطأ: (783/2)، المدونة: (71/3)، التفريع: (27/2)، الكافي: (513).
(2) في (ق): الحرم.
(3) في (م): العلماء.
(4) انظر: المغني: (361/6)، فتح الباري: (37/12).

للمسلمين، وإذا أعتق العبد رجع[1] إلى مواليه وكذلك الجد فيجر الولاء أيضاً بجر الولاء ما دام الأب عبداً، فإذا أعتق العبد عاد الولاء إليه.

والأصل في جر الولاء الإجماع؛ لما روي أن الزبير بن العوام مرَّ بفتية فسأل عنهم: فقيل: هم موالي رافع بن خديج وأبوهم عبد للحرة ، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لهم انتسبوا إليَّ فأنا مولاكم فقال رافع: بل هم مواليَّ أنا أعتقت أمهم، فاختصما إلى عثمان بن عفان فقضى بالولاء للزبير[2]، ولم يخالف عليه أحد، ولأن انتساب الولد إلى قبيلة أمه، ووجهها[3] أنها لعدم إمكان ذلك من جهة الأب، بدليل أنه لو أمكن ذلك في الابتداء لم ينسب إلى الأم، ولأنه إذا عاد إمكانه في ولد الملاعنة عاد الانتساب إلى الأب، وإذا ثبت ذلك ثم كان غير ممكن في هذا الموضع لرق الأب فيجب إذا زال المعنى المانع أن يزول ما امتنع لأجله، ويعود النسب إلى الأب.

فصل [12. الجد كالأب في جر الأنساب]

وإنما قلنا: إن الجد كالأب في ذلك لأن النسب يرجع إليه فصح جره للنسب كالأب وبذلك فارق الأخوة والعمومة وسائر العصبات.

فصل [13. في ولاء ولد الملاعنة المعتقة]

وولد الملاعنة المعتقة ولاؤه لموالي أمه، فإن اعترف به الأب عاد إليه، أو إلى مواليه إن كان معتقاً على ما بيناه[4].

فصل [14. عدم ثبوت جر الولاء فيمن مسه رق]

ولا يثبت جر الولاء فيمن مسه رق، مثل أن يتزوج عبد أمة فتحمل ثم تعتق؛ فإن الولد يكون حراً بحرية أمه وهو حر[5] وولاؤه لموالي أمه وهم

---

(1) في (م): عاد.
(2) الموطأ: (783/2).
(3) في (م): ووجهتها.
(4) انظر: الموطأ: (782/2)، التفريع: (27/2)، الكافي: (512).
(5) في (ق): حمل.

مواليه[1]؛ لأن عتقه ثبت من جهتهم، فإن أعتق العبد لن يجر ولاء الولد لأن ولاءه قد تقرر[2] وثبت لمن أعتق أمه فلا يجوز نقله كالنسب، والولاء هاهنا مباشر ليس طريقه الجر؛ فلم يجز نقله.

فصل [15. في الولاء الذي ترثه النساء]

قد بيَّنا أن النساء لا يرثن ولاء ما أعتقه غيرهن لأنه لا تعصيب فيهن، فإذا ثبت ذلك فالولاء الذي يرثنه هو المباشر أو ما كان في حكم المباشر، ولا يكون ذلك إلا في ثلاث مواضع:

أحدها: أن تعتق عبداً فيموت ولا وارث له فيكون ولاؤه لها ميراثاً.

والثاني: أن يترك هذا العبد أولاداً من أمة أو معتقة فيكون الولاء لمعتقه؛ إما ابتداء[3] وإما جراً.

والثالث: أن يعتق هذا العبد عبداً؛ إما في حال رقه بإذنها فيكون الولاء لها ابتداءً، أو بعد عتقه فيموت العبد الأول المعتق ويبقى الثاني، فيرث معتقه الأول ولاء هذا العبد الثاني[4].

فصل [16. في أن المرأة ترث ولاء ما باشرت عتقه]

وإنما قلنا: إنها ترث ولاء ما باشرت عتقه، لقوله ﷺ: "الولاء لمن أعتق"[5] وهذا عام، ولأنه شخص حر معتق عن نفس فكان الولاء له كالرجل.

---

(1) انظر: الموطأ: (783/2)، التفريع: (26/2)، الكافي: (512).
(2) في (م): قد تقدم.
(3) في (ق): أو.
(4) انظر: الموطأ: (784/2)، المدونة: (82/3)، التفريع: (26/2)، الكافي: (512).
(5) سبق تخريج الحديث.

فصل [17. في أن المرأة تجر ولاء ولد أو عبد إن أعتقها عبدها الذي أعتقه]

وإنما قلنا: إنها تجر ولاء ولد عبد إن أعتقه عبدها الذي أعتقه لأن ذلك يرجع إلى إعتاقها، وإنما يمتنع أن ترث ما أعتقه غيرها[1]، ولأن كل من ورث ولاء ما أعتق مباشرة ورث ما حدث عنه كالرجل، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(1) في (م): ولكن.

كتاب المكاتب[1]

الأصل في جواز الكتابة[2] قوله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾[3] وقوله ﷺ: "المكاتب عبد ما بقي عليه درهم"[4]، ولأن ذلك كان متعارفاً قبل الإسلام، وأقره النبي ﷺ على ما كان من الجواز في الجملة وعملت به الأئمة[5] والسلف.

فصل [1. في عدم إجبار السيد على كتابة عبده]

لا يجبر السيد على كتابة عبده[6] خلافاً لداود في قوله إنه يجبر[7] إذا سأله أن يكاتبه بقيمته أو بأكثر[8]؛ لأن الأصل في الكتابة المنع والحظر لأنها غرر وذلك أن العبد يؤدي المال على أنه إن أدى عتق وإن عجز عاد رقا وزال ملكه عما كان أداه؛ لأن السيد يبيع ماله بماله، لأن العبد وماله ملك للسيد وذلك إضاعة وإتلاف، إلا أنه[9] جوّز في الشرع رفقاً بالعبد وحرمة للعتق والخروج من الرق، والأمر إذا صدر بعد الحظر كان على الإباحة دون الوجوب[10] ولم يكن أمراً على الحقيقة، ولأن صيغته صيغة أمر، واعتبارا به

---

(1) **الكتابة**: مشتقة من الكتاب؛ أي: الأجل المضروب، وفي الاصطلاح: الكتابة: عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه (حدود ابن عرفة:524).

(2) انظر: الموطأ: (787/2)، المدونة: (2/3)، التفريع: (13/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (520)، المقدمات: (171/3).

(3) سورة النور: الآية: 33.

(4) أخرجه أبو داود في العتق، باب: في المكاتب يؤدى بعض كتابة فيعجز أو يموت: (243/4)، وابن ماجه في العتق، باب: المكاتب: (842/2)، والحاكم: (217/2)، وقال: صحيح الإسناد.

(5) في (ق): الأمة.

(6) انظر التفريع: (13/2)، الكافي: (520).

(7) في (م): بخير.

(8) انظر المحلى: (257/10)، المغني: (411/9).

(9) في (ق): لأنه.

(10) في (م): الموجب

إذا سأله أن يكاتبه بدون قيمته وإذا سأله بيعه من غيره، ولأن السيد لا يجبر على بيع عبده إذا سأل[1] العبد ذلك اعتباراً بسؤاله بيع غيره من أملاكه.

فصل [2. في إجبار السيد عبده على الكتابة]

فأما إجبار السيد عبده على الكتابة؛ فقيل: للسيد ذلك، وقيل: ليس له ذلك[2]؛ فوجه إثباته: أنه لما كان للسيد أخذ ماله وإجباره على التكسب من غير عقد عتق يحصل له كان بأن يكون له ذلك مع النفع للعبد بحصول العتق أولى، ووجه نفيه: أنه إجبار على معاوضة في حق نفسه لا لحق السيد، فلم يكن له ذلك أصله إجباره على شراء طيب يتطيب[3] به.

فصل [3. في كون الكتابة جائزة على ما يعقدانه عليه]

الكتابة جائزة على ما يعقد أنها عليه من قيمة العبد أو أقل أو أكثر مما يقع التراضي بها[4] لأنها عوض عن رقبته فجازت بالقليل والكثير مما يتفقان عليه كبيعه من غيره، ولأن الكتابة إما أن يكون بيع العبد من نفسه بالعوض أو عتقا[5] بصفة أدائه، وأي ذلك كان فلا يقضي قدراً مخصوماً ولا إجبار أحدهما الآخر على مقدار معين بل هو على التراضي.

فصل [4. من كون الكتابة منجمة]

الظاهر من قول مالك إن الكتابة تكون منجمة[6]، وليس عنه نص في الكتابة الحالَّة، ومحققوا أصحابنا يقولون إنها جائزة[7]، خلافاً للشافعي[8]، لأنها عتق بعوض فجازت مع تعجيله وتأجيله أصله بيع العبد من نفسه،

---

(1) في (ق) و(ر): شاء.
(2) انظر: الموطأ: (789/2)، التفريع: (13/2)، الكافي: (520).
(3) في (ق): يتطهر.
(4) انظر المدونة: (3/3)، التفريع: (13/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (520).
(5) عتقا: سقطت من ق.
(6) **منجمة**: (أي مؤجلة لأن التنجيم: التأجيل، بأن يقول السيد لعبد: تدفع إلى كل نجم بعد شهرين أو ثلاثة (الفواكه الدواني: (150/2).
(7) انظر: التفريع: (13/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (520).
(8) انظر: مختصر المزني: (324)، الإقناع: (207).

ولأن الأجل غير مستحق في عقد الكتابة كالثالث والرابع، ولأنه عقد بعوض فجاز كالمنجم.

فصل [5. في عدم عتق المكاتب إذا ما بقي عليه شيء من الكتابة]

لا يعتق المكاتب ما بقي عليه شيء من الكتابة قلَّ أو أكثر[1]؛ خلافاً لما يحكى عن قوم من السلف[2]، وذلك لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: "المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته درهم"[3]، ولأن الكتابة عتق بصفة الأداء فمتى لم[4] يحصل الأداء لم يحصل العتق، ولأن عتق الإنسان جزء من عبده باختياره مبتدءاً يوجب عليه تكميله وتتميمه الحرية في باقيه، فلو قلنا إنه معتق منه بقدر ما أدَّاه لوجب أن يعتق الباقي بالسراية أو بالحكم سواء أدى باقي الكتابة أو لم يؤد، وفي فساد ذلك دلالة على أنه لا يعتق إلا بأداء الجميع.

فصل [6. استحباب: وضع السيد عن المكاتب شيئاً من آخر كتابته]

يستحب للسيد أن يضع عن المكاتب شيئاً من آخر كتابته على قدر ما تطيب به نفسه[5]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾[6] فجاء في أكثر التفاسير أنه وضع شيء من الكتابة[7]، ولأن في ذلك رفقاً بالعبد وحسن معاملته فكان مندوباً إليه، وليس ذلك بواجب خلافاً للشافعي[8] لقوله ﷺ: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس

---

(1) انظر الموطأ: (787-782)، التفريع (13/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (520).

(2) يحكى عن عمر وعلي رضي الله عنهما – أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه، وروى ذلك عن النخعي وابن مسعود، وقضى به شريح (المغني: 420/9).

(3) سبق تخريج الحديث، مع اختلاف يسير في اللفظ.

(4) في (ق): فمالم.

(5) انظر المدونة: (6/3)، التفريع: (17/2)، الكافي: (526-527).

(6) سورة النور، الآية: 33.

(7) انظر تفسير الطبري: (129/8-130).

(8) انظر مختصر المزني: (324)، الإقناع: (208).

منه"[1]، ولأنه عقد معاوضة على رقبة العبد كبيعه من أجنبي، ولأن الواجبات على ضربين: مقدر بالنص وموكول إلى الاجتهاد والكفاية، وما تنازعناه خارج عن هذين الموضوعين[2]؛ لأنه موكول إلى الإرادة والاختيار، وليس ذلك في الأصول.

فصل [7. في جواز مكاتبة العبد الذي لا حرفة له]

وتجوز مكاتبة العبد الذي لا حرفة[3] له لأنه يمكنه التعرض لوجوه المكاسب من الخدمة وغيرها، ويكره ذلك في الأمة لما روي عن عثمان – رضي الله عنه – أنه قال: لا تكلفوا الأمة الكسب فتكسب بفرجها[4].

فصل [8. فيما يتبع العبد المكاتب]

وإذا أعتق المكاتب بالأداء تبعه ماله[5]؛ لأن الكتابة معارضة عن النفس والمال، ألا ترى أن السيد ممنوع من التعرض[6] لماله بانتزاع أو غيره، فإذا صح ذلك كان تابعا له، فأما ولده فلا يتبعه إذا كان قبل العقد الكتابة لأنهم ليسوا بملك له فإذا صح ذلك[7]، وإنما هو ملك للسيد فلا يتبعوا آبائهم كما لا يتبعه سائر عبيد السيد، إلا أن يشترطهم فيتبعونه بالشرط لا بالعقد ويصير السيد كأنه كاتب عدة عبيد له كتابة واحدة، وهذا إذا كانوا قبل عقد الكتابة فأما إن حدثوا بعد عقد الكتابة)[8] فإنهم يتبعونه من غير شرط لأن كل حكم ثبت للأب ثبت للولد بملك اليمين من الحرية والرق، فأما ولده من زوجته فلا مدخل له في هذا الباب: لأنه تابع لأمه.

---

(1) أخرجه الدارقطني: (26/3)، والبيهقي: (100/6)، وأبو يعلى، وإسناده جيد (نصب الراية: 169/4).
(2) الموضعين: سقطت من (م).
(3) انظر المدونة: (14/3)، التفريع: (14/2)، الكافي: (520).
(4) أخرجه مالك في الموطأ (981/2) ، والبيهقي في شعب الإيمان الأثر رقم (8591) (379/6) .
(5) انظر الموطأ: (789/2)، التفريع: (14/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (521).
(6) في (ق): العريض.
(7) فإذا صح ذلك: سقطت من (م).
(8) ما بين قوسين سقطت من م.

فصل [9. فيما يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة]

كل ما جاز أن يكون ثمنا في البياعات وأجرة في الإجازات جاز أن يكون عوضاً في الكتابة[1]، لأنه عقد معاوضة كالبيع وغيره..وتجوز الكتابة على الوصفاء[2] من العبيد والإماء وإن لم يوصفوا، ويكون له الوسط منهم في ذلك الموضع؛ لأن المقصود منها الرفق وإكمال حرمة الحرية دون محض العوض كالمهر في النكاح.

فصل [10. فيما إذا كاتبه وله أمة حامل]

وإن كاتبه وله أمة حامل تبعته الأمة ولم يتبعه الولد، فإذا وضعت فالولد للسيد والأمة للمكاتب، علم بحملها أن لا، لما ذكرناه[3] لأن الأمة ماله فيتبعه، ولأن الولد ليس بمال له بل هو ملك لسيده.. ويمنع المكاتب من بيعها إذا قلنا إنها لا تكون أم ولد بعد العتق حتى تضع، فإذا وضعت كان له بيعها إذا شاء؛ لأنه إن باعها حاملاً فالولد داخل معها في البيع وهو ملك غيره، وإن استثنى لم يجز؛ لأن استثناء الحمل في البيع[4] مبطل له، فوجب لذلك الوقوف عليها إلى أن تضع.

فصل [11. في جواز بيع كتابة بالمكاتبة]

يجوز بيع كتابة المكاتبة[5] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لأن بيع الديون في[7] الذمم جائز؛ بدليل جواز المصارفة على الذهب الذي في الذمة (بالورق، وعلى الورق الذي في الذمة)[8] بالذهب قبل قبضه؛ ولأنه لما جاز

(1) انظر: المدونة: (3/3)، التفريع: (13/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (520).
(2) الوصفاء: جمع الوصيف، وهو العبد.
(3) انظر: الموطأ: (789/2)، المدونة: (29/3)، التفريع: (14/20)، الرسالة: (224°، الكافي: (521).
(4) في البيع: سقطت من (م).
(5) انظر الموطأ: (797/2)، المدونة: (18/3)، التفريع: (14/2).
(6) انظر: حاشية ابن عابدين: (103/1)، و(5/4)، مختصر المزني: (328).
(7) الديون في: سقطت من (م).
(8) ما بين قوسين: سقط من (ق).

بيع العروض الحاضرة بالأثمان الغائبة جاز بيع الديون الغائبة بالعروض الحاضرة، ولأنه عقد معاوضة أحد طرفيه دين وآخر عين؛ فكان مباحاً اعتباراً ببيع العين الحاضرة بالعين[1] الغائبة.

فصل [12. إذا كانت الكاتبة ذهبا أو ورقا كيف يجوز بيعها؟]

إذا ثبت ذلك فإن كانت الكتابة ذهباً أو ورقاً جاز بيعها بعرض معجل، وإن كانت عروضاً فبذهب أو روق معجلة أو بعرض مخالف لها معجل غير مؤجل، وإنما أوجب ذلك لأنها لو بيعت[2] وهي ذهب أو ورق بذهب أو ورق[3] دخل ذلك التأخير وبيع غائب بناجز؛ وذلك ممنوع، وإن بيع بعرض مؤخر كان دينا بدين، وإن بيعت وهي عروض بعروض من جنسها أكثر مما حصل منه عرض بعرضين من جنسه إلى أجل؛ وذلك ممنوع؛ فلم يبق إلا ما قلناه.

فصل [13. إذا بيعت كتابة المكاتب من العبد]

وهذا كله إذا بيعت من غير العبد، فأما إذا بيعت من العبد نفسه فلا معتبر بذلك كله وله أن يبيعها منه كيف شاء؛ فينقله من ذهب إلى ورق، ومن ورق على ذهب، ومن عروض إلى عروض، من جنسها[4] ومن غير جنسها؛ لأن تقدير بيعها من العبد إنما هو ترك ما كاتب[5] عليه، والعدول إلى مال معجل واستئناف كتابة أخرى غير الأولى، ولا خلاف من قولنا إن المكاتب أن ينقل نفسه من كتابة إلى كتابة أخرى[6].

---

(1) في (م): الدين.
(2) في (م): تبعت.
(3) أو ورق: سقطت من (ق).
(4) في (م): ومن جنس غيرها.
(5) في (ق): ما كانت عليه.
(6) أخرى: سقطت من (م).

فصل [14. في بيع الجزء من الكتابة]

وفي بيع الجزء من الكتابة روايتان[1]؛ إحداهما: المنع، والأخرى: الجواز.

فوجه المنع أن ذلك يؤدي إلى المكاتب كتابته أداءين مختلفين أحدهما إلى السيد بعقد كتابته والأخرى إلى مبتاع الجزء[2] من كتابته؛ وذلك غير جائز على أصله.

ووجه الجواز اعتباراً بسائر المبيعات؛ لأن كل بيع مقصود في نفسه فإذا جاز بيع كله جاز بيع جزئه، وكذلك الكتابة.

فصل [15. في عدم جواز بيع نجم من نجومه]

ولا يجوز بيع نجم من نجومه[3]؛ لأن ما يقابل النجم من رقبة المكاتب مجهول عند عقد البيع المنجم[4]؛ فلم يجز.

فإذا ثبت ما ذكرناه نُظر فإن أدى الكتابة إلى مبتاعها من سيده لأعتق كما لو أداها إلى سيده عتق؛ لأن الصفة التي علق العقد عليها هي الأداء فدخلت[5]، ولأن المشتري قائم مقام السيد، ويكون ولاؤه للسيد الذي عقد كتابته؛ لأن عتقه من جهته بما عقد له، وإنما ابتاع المشتري ما على المكاتب دون رقبته بعد ثبوت الولاء للسيد..

والولاء لا يصح نقله بعوض ولا بغير عوض، على ما قدمناه..وإن عجز رق وكان ملكاً لمشتري كتابته لأنه قائم مقام سيده، وقد ثبت أنه لو عجز قبل بيع السيد كتابته رق له وكذلك عجزه عند مشتريها..

---

(1) انظر المدونة: (18/3)، التفريع: (14/2)، الكافي: (526).
(2) الجزء من: سقطت من (ق).
(3) انظر الموطأ: (797/2)، التفريع: (14/2)، الكافي: (526).
(4) في (م): للنجم.
(5) في (م): قد حصلت.

وإن مات قبل تمام الأداء عن مال ولم يترك ولدا كانت عليهم كان المال المشتري كتابته عند سيده، وإذا جاز بيع كتابة المكاتب جاز هبتها والوصية بها، ثم الحكم فيها على ما ذكرناه.

فصل [16. في كون المكاتب أحق بشراء مكاتبته]

والمكاتب أحق بشرائها استحساناً لحرمة العتق وإزالة الضرر عنه بدخول من لم يعهد معاملته عليه[1]، والقياس غيره، وهذا إذا بيعت كلها، فإن بيع بعضها لم يكن أحق بها[2] لأنه ليس له أن يعجل لبعض ساداته حقه دون الباقين لأن ذلك يؤدي إلى عجزه، ولأنهم شركاء في كتابته ومتساوون في قبضها منه فليس لبعض أن يختص بتعديل حقه منها من غير إذن شركائه كسائر الديون المشتركة.

فصل [17. في تعجيل الكتابة]

إذا عجل المكاتب كتابته لم يكن للسيد الامتناع من أخذها؛ لأن الأجل حق له ورفق به، فإذا رضي بإسقاطه كان له ذلك، فإن كان السيد شرط عليه مع الكتابة سفراً أو خدمة فعجل الكتابة فهل يسقط عنه ما شرط عليه أو لا؟ ففيها روايتان؛ إحداهما: سقوطه والأخرى: ثبوته[3].

فوجب سقوطه: أنه تابع للكتابة، فإذا تعجلت سقط ما يتبعها.

ووجه ثبوته: أنه بعض العوض في عتق الرقبة فلن يسقط عنه كالكتابة. فإذا قلنا: إنه لا يسقط فيخرج ما يلزمه على روايتين؛ إحداهما: أنه يؤديه بعينه، والأخرى: يؤدي قيمته، ومن أصحابنا من يقول: إن كانت خدمة أو منفعة سقطت، وإن كانت نوعاً آخر من المال لزم ولم يسقط.

---

(1) عليه: سقطت من (م).
(2) انظر الموطأ: (797/2)، التفريع: (14/2)، الكافي: (526).
(3) انظر الموطأ: (800/2)، التفريع: (17/2)، الكافي: (52.).

فصل [18. إذا مات المكاتب وترك ولد معه في الكتابة]

وإذا مات المكاتب وترك[1] ولداً معه في الكتابة، إما بالولادة أو بالشرط، وترك مالاً لم تنفسخ الكتابة[2]، خلافاً للشافعي[3]؛ لأن عقد الكتابة قد تضمن إلزام السيد نفسه عتق المكاتب وولده الداخلين معه في العقد بالشرط والولادة بصفة أداء المال إليه، فلم يكن للسيد فسخ العقد في حقهم كما لم يكن له ذلك في حق العبد نفسه، ولم يكن له أيضا فعل[4] ما يؤدي إلى ذلك من انتزاع المال فيه.

فصل [19. إن كاتب على نفسه وحده]

إذا ثبت أن العقد لا يبطل بموته، وإنما ذلك إذا كان معه ولد داخل في الكتابة لأنه إن كاتب[5] على نفسه وحده ومات ولا ولد معه في كتابته، أو كان ولده أحراراً أو مماليك لغير سيده، أو مكاتبون كتابة منفردة عن كتابته؛ فإن العقد يبطل والمال الذي يتركه للسيد، خلافاً لأبي حنيفة في قوله إن ولده الأحرار يقومون[6] مقامه ويرثونه[7]؛ لأن المواريث موضوعة على تساوي الحرم، وهذا مات مكاتباً لا عبداً على الإطلاق ولا حراً بل مكاتباً له حكم مخالف لحكم الحر ولحكم العبد، فلم يرثه ولده الأحرار ولا العبيد، وورثه من شركه في عقد الكتابة.

---

(1) في (م): ولم يترك.
(2) انظر الموطأ: (801/2)، المدونة: (3/35-36)، التفريع: (15/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (524).
(3) انظر الإقناع: (208-209)، المهذب: (18/2).
(4) فعل سقطت من (ق).
(5) في (م): كانت.
(6) في (ق): يقيمون.
(7) انظر مختصر الطحاوي: (386)، مختصر القدوري (مع شرح الميداني: (130-131).

فصل [20. إذا ترك ولدا معه في الكتابة ولم يكمل نجوم الكتابة]

وإذا ترك ولداً معه في الكتابة فينظر؛ فإن كان في المال الذي خلفه وفاء أديت الكتابة حالَّة، وعتقوا وورثوا الباقي[1].

وإنما وجب أداء المال لأن فائدة إيقافه العقد مع بطلانه بموت العبد أن يحصل الأداء فيعتق ولده، ولأنه لما كان العتق لازماً في حقهم كلزومه في حق أبيهم لزمهم الأداء، كما كان لازماً لأبيهم.

وإنها قلنا: إنه تؤدي حالا فلأن الديون المؤجلة تحل بموت من تكون عليه، وإنما عتقوا عند الأداء بحصول الصفة التي عتقهم معلق بها، ولأن الأب كان حياً وأدى المال لعتق كذلك الولد.

وإنما قلنا: إنهم يرثون ما بقي لمساواتهم الأب في الخدمة على ما قدمناه، وهذا إذا ترك ما فيه وفاء، أما إن ترك دون الوفاء فإن كان الولد كباراً يقدرون على السعي وقالوا: نحن نسعى ونؤدي بقية المال في نجومه لزم ذلك السيد لأنهم يقومون مقام أبيهم والعقد ثابت لهم كما كان ثابتاً لأبيهم..

فإن كانوا صغاراً لا فضل فيهم للسعي فينظر[2] فإن كان في المال أداء[3] أدى على نجومه إلى وقت بلوغهم فإنه يؤدى، وذلك لأنه غير عاجزين مع القدرة على الأداء ثم إذا بلغوا نظر، فإن أمكنهم السعي في البقية وإلا رقوا.

وإن لم يكن لهم في المال فضل للنجوم إلى أن يبلغوا السعي رقوا لعجزهم، ولن يلزم السيد انتظارهم إلى وقت البلوغ كما لا يلزمه انتظار العبد إذا عجز إلى أن يكسب مالا يؤدي منه وعلى أي وجه كان: فلا يلزم السيد أن

---

(1) الموطأ: (801/2)، المدونة: (35/3)، التفريع: (15/2)، الرسالة: (224-225)، الكافي: (524-252).
(2) في (م): نظر.
(3) في (ق): فضل.

يحفظ عنهم شيئاً من الكتابة بموت أبيهم؛ لأن عتقهم معلق بصفة وهي أداء جميع الكتابة فما لم يحصل فالعتق غير واقع.

فصل [21. في توريث إخوة المكاتب في كتابته]

وإذا كانت مع المكاتب في كتابته من قراباته إخوة أو غيرهم فعنه في توريثهم منه روايتان[1]:

إحداهما: أنهم يرثونه كالولد، والأخرى: أنه لا يرثه ولا ولده دون سائر أقاربه..

فوجه الأولى؛ إن كان من ورثه بعض ورثته بنسب أو بسبب ورثه جميعهم كالحر، ولأنهم مساوون له في الحال والحرية، فكانت التوارث ثابتا بينهم وبينه كالولد..

ووجه الثانية: أن الولد يدخلون معه في كتابته إذا حدثوا بعد عقدها فاختصوا لذبك بميراثه دون سائر القرابة[2].

فصل [22. حكم كتابة الجماعة كتابة واحدة]

يجوز أن يجمع السيد جماعة من عبيده في كتابه واحدة[3]، خلافاً للشافعي في أحد قوليه[4]؛ لقوله عز وجل: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾[5] ولم يفرق، ولأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط أدائهم المال، كما لو أفردهم؛ لأن البدل معلوم في الجملة إن لم يوقف على تقسيطه في الحال، كما لو باع ثلاثة أعبد بألف درهم لجاز؛ وإن لم يعلم قسط كل واحد.

---

(1) انظر: الموطأ: (801/2)، التفريع: (15/2)، الكافي: (524).
(2) في (م): قرابته.
(3) انظر الموطأ: (792/2)، التفريع: (16/2)، الرسالة: (224).
(4) انظر مختصر المزني: (324)، المهذب: (18/2).
(5) سورة النور، الآية: 33.

فصل [23. عدم عتق الجماعة في كتابة واحدة إلا بأداء جميع المال]

ولا يعتقون إلا بأداء جميع المال[1]، خلافاً للشافعي في قوله: إن من أدى منهم بقدر نصيبه يعتق[2]، لأن عقد الكتابة وقع عقداً واحداً فلم ينفرد به بعضهم دون بعض، أصله كتابة العبد الواحد أنه إذا أدى بعضها لم يعتق منه بقدر ما أدى.

فصل [24. لزوم كل واحد من جماعة في كتابة واحدة بقدر قوته]

ويلزم كل واحد بقدر قوته في السعي وما يطيقه وبعضهم حملاء عن بعض إذا أدى الكتابة واحد منهم عتق الكل ورجع المؤدي على الباقين بقدر ما يحتمل[3] كل واحد منهم ممن فيه فضل للسعي (وليس للسيد أن يبتدئ إعتاق واحد منهم)[4] لأن في ذلك تعجيز الباقين لتقويتهم بسعيه معهم.

فصل [25. إذا طالب المكاتب تعجيز نفسه]

وإذا طلب المكاتب تعجيز نفسه وأبى عليه السيد وله قدرة على الأداء؛ لم يكن له ذلك[5]، خلافا للشافعي[6]؛ لأن الكتابة عقد يتضمن تسيمة العوض، فإذا رضي به العبد والتزمه[7] لم يكن له أن يرجع عنه من غير عذر كسائر العقود، ولأنه لم يكن للسيد الرجوع لأن في ذلك إسقاط حق العبد في حق عقد ثبت تراضيهما واجتماعها عليه، فكذلك العبد.

---

(1) انظر الموطأ: (792/2)، التفريع: (16/2)، الرسالة: (224).
(2) انظر مختصر المزني: (324)، المهذب: (18/2).
(3) في (م): ما يحمل.
(4) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(5) انظر: المدونة: (11/3)، التفريع: (13/2-14)، الرسالة: (224)، الكافي: (525).
(6) انظر مختصر المزني: (331)، الإقناع: (207)، المهذب: (14/2).
(7) في (ق): ألزمه.

فصل [26. إذا كان لطالب تعجيز نفسه ولد]

فإذا أجابه السيد إلى ذلك فكان[1] العبد له ولد فليس لهما ذلك؛ لأنه قد تعلق بهذا العقد حق لغيرهما، وهو الولد الذي يعتق بالكتابة إذا أديت..

فإذا أعجز العبد نفسه كان في ذلك إسقاط حق الولد من العقد ورده إلى الرق، وليس ذلك له لأن الإنسان يملك من إسقاط حق نفه مالا يتعدى إلى إسقاط حق غيره.

فصل [27. إذا لم يكن لمن طلب تعجيز نفسه ولد]

وإن لم يمكن له ولد ففيه روايتان؛ إحداهما: جواز ذلك والأخرى: منعه.

فوجه الجواز: أن الحق في عقد الكتابة لا يتعداهما، فإذا تراضيا على فسخه جاز كتقابل المتبايعين، وإنما الممنوع ما يتعدى إلى إسقاط حق غيرهما.

ووجه منعه: أنه يؤدى إلى إبطال حق الله تعالى من العتاقة التي قد التزم عقدها، وليس لأحد أن يرد نفسه إلى الرق بعد عتقه أو ثبوت عقده.

فصل [28. إذا لم يكن للعبد مال فله تعجيز نفسه]

وأما إذا لم يكن للعبد مال فله تعجيز نفسه وللسيد تعجيزه[2]؛ لأنه ليس في ذلك إبطال حق أحدهما من غير رضاه، ولا إبطال حق الله تعالى؛ لأنه لم يعد بضرر على أحدهما.

---

(1) في (م): فإن كان.

(2) انظر المدونة: (11/3)، التفريع: (13/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (525).

فصل [29. الحمالة بكتابة العبد]

الحمالة بكتابة العبد جائزة[1]؛ لأنها لو لزمت للزم أداؤها على نجومها، ولو فعل ذبك فعجز المكاتب لن يقدر الحميل أن يرجع بما أداه عن العبد عليه ولا على السيد؛ فيكون ذلك من أكل المال بالباطل.

فصل [30. في تصرفات المكاتب]

ليس للمكاتب أن يهب شيئاً من ماله ولا يتصدق به ولا ينكح ولا يسافر إلى بإذن سيده[2]؛ لأن في هبته ماله ومحاباته ما يؤدي إلى عجزه، وكذلك في نكاحه؛ لأنه يلزمه مهر ونفقة.

وأما السفر؛ فإن كان قريبا جاز لأن حكم القريب حكم الحاضر؛ ولأنه محتاج إلى التصرف والتكسب لأداء ما عليه من الكتابة، وأما البعيد فللسيد منعه منه لأن فيه تغرير بنفسه وإضرار بسيده.

فصل [31. في منع السيد من انتزاع مال المكاتب]

وليس للسيد أن ينتزع ماله[3] ما دام على كتابته[4]؛ لأن في ذلك إبطال لعقد الكتابة، فليس له ذلك لأنه إذا لم يكن له تعجيزه لن يكن له ما يؤدي إليه.

فصل [32. جواز مقاطعة المكاتب سيده على ما شاء]

يجوز مقاطعة المكاتب سيده على ما شاء وإن دخله وضع وتعجيل وغير ذلك مما يمنع منه في البيع[5]، ولأنا قد بينا أن ذلك انتقال من كتابة إلى

---

(1) انظر الموطأ: (791/2)، المدونة: (26/3)، التفريع: (16/2).
(2) انظر المدونة: (17/3)، التفريع: (17/2)، الرسالة: (224).
(3) في (ق): وليس له أن ينتزع ماله.
(4) انظر التفريع: (17/2)، الرسالة: (224)، الكافي: (521).
(5) انظر الموطأ: (792/2-793)، التفريع: (14/2)، الرسالة: (224).

كتابة[1] وعدول عما وقع عليه الأول، ويفارق ذلك البيع؛ لأن الثمن فيه دين ثابت متقدر لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، بخلاف ما عليه المكاتب.

فصل [33. إذا اسلم مكاتب نصراني]

وإذا أسلم مكاتب نصراني بيعت كتابته من مسلم لأن ملكه عليه لا يجوز استدامته، ولا يجوز بيع رقبته لما ثبت له من عقد الحرية[2] فلم يبق إلا بيع كتابته.

وقال شيخنا أبو القاسم – رحمه الله–[3]: يخرج فيه رواية أخرى وهو جواز بيع رقبته بناء على قوله في أم ولده إذا أسلمت ولم يسلم هو أنها تباع وهي أعلى حرمة من المكاتب..

وقال عبد الملك بن الماجشون: يقال للمكاتب إذا أسلم إن أديت الكتابة ناجزة[4] عتقت بأدائها وإلا بيعت رقبتك..

وقال إسماعيل بن إسحاق: مطالبة المكاتب بأداء الكتابة عليه حَالَّة ظلم له ولا يلزمه[5].

فصل [34. في ولاء من أدى الكتابة إلى مبتاعها النصراني وعتق]

إذا أدى الكتابة إلى متباعها وعتق فولاؤه للمسلمين مادام السيد نصرانياً، فإن أسلم عاد إليه الولاء لأن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب؛ لأن من استحق الميراث بالنسب استحقه بالولاء، والنصراني لا يرث بسببه وليه المسلم فلم يرث مكاتبه، فإذا أسلم ورثه لاستوائه معه في الحرية والديانة.

(1) في (م): عتاقه.
(2) في (ق): عقد الحرب.
(3) رحمه الله: سقطت من ق. وأبو القاسم المقصود هو ابن الجلاب، صاحب التفريع.
(4) في (م): باجرة.
(5) انظر المدونة: (22/3).

فصل [35. إذا أوصى لمكاتبه بكتابته]

إذا أوصى لمكاتبه بكتابته كلها وضع في الثلث الأقل من قيمة كتابته أو قيمة رقبته، فإن خرج ذلك من ثلثه عتق كله، وإلا بقدر ما يحمله الثلث (وإن وضع عنه بعض الكتابة ولم يحمله الثالث)[1] يجعل الثلث الأقل مما وصى له به أو قدر ما قابله من رقبته ثم عتق من رقبته بقدر ما خرج من ثلثه ووضع عنه من كتابته بقدر ما عتق من رقبته، وكان ما بقى مكاتباً، بما بقى من كتابته إن أداه عتق كله وإن عجز عنه رق باقيه[2]، ولم يرق ما كان عتق منه[3].

وإنما راعينا[4] أقل الأمرين احتياطا للعتق ولتأكيد حرمته، ولأن تبعيضه غير جائز وتكميله إن بعض واجب، ولا يتوجه للورثة مقال في ذلك لأنا قد قدمنا الكتابة لكونها أقل من قيمة الرقبة، فلا مقال لهم؛ لأن السيد لم يكن يملك من المكاتب سوى الكتابة.

وإنما قلنا[5]؛ إن قوّمنا الرقبة لكونها أقل قيمة من الكتابة فلا مقال لهم أيضاً لأن المكاتب لو عجز عن كتابته لم يكن للسيد منه ولا لورثته سوى رقبة، فلم يكن لهم اعتراض في الوجهين.

فصل [36. في حال المكاتب ما دام في كتابته]

حال المكاتب ما دام في كتابته[6] حال عبد في جراحه وحدوده وشهادته وطلاقه وقذفه ونفي القصاص عن قاتله، إذا كان حراً وغير ذلك من أحكام

---

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) في (م): بما فيه.
(3) انظر الموطأ: (809/2)، المدونة: (31/3)، الكافي: (527).
(4) في (ق): رأينا.
(5) وإنما قلنا: سقطت من (ق).
(6) في (م): الكتابة.

العبد[1]، لأن الحرية لم تتقرر لإمكان أن يعجز فيعود إلى الرق، ولأن أم الولد آكد[2] حرمة عنه لأن الفسخ مأمون عليها وغير مأمون على المكاتب، ومع ذلك فأحكامها في هذه الأشياء أحكام العبد[3]، والمكاتب أولى[4].

فصل [37. في منع السيد من وطء مكاتبته]

ليس للسيد أن يطأ مكاتبته[5]؛ لأن عتقها معلق بأجل كتابتها فكانت كالمعتقة إلى أجل، ولأنها قد تحمل وتصير أم ولد ولا تجوز مكاتبة أم ولد، فإن وطئها ولم تحمل فهي على كتابتها؛ لأن مجرد الولاء لا يغير حكمها ولا يوجب تنجيز عتقها، فإن حملت خيِّرت بين فسخ الكتابة وبين كونها أم الولد والإقامة على الكتابة.

وإنما وجب ذلك لأن مكاتبة أم الولد لا تجوز بغير رضاها؛ فلذلك[6] كان لها فسخ الكتابة، وإن اختارت البقاء على الكتابة كان لها ذلك؛ لأن فيها تعجيل عتقها، إذا أدت عتقت وإن عجزت كانت أم ولد.

فصل [38. في كون جراح المكاتب في رقبته]

جراح المكاتب في رقبته وماله[7]، والمجني عليه مُبَدَّى على السيد[8]؛ لأن سببه آكد وحقه أقوى، فإن قدر المكاتب على أداء أرش الجناية والكتابة أداهما، وبدأ بأرش الجناية[9] وأقام على الكتابة، وإن عجز عن ذلك بطلت

---

(1) في (م): العبيد.
(2) في (ق): أكثر.
(3) في (م): العبيد.
(4) انظر الموطأ: (795/2)، التفريع: (18/2)، الكافي: (523-524).
(5) انظر المدونة: (16/3)، التفريع: (19/2).
(6) في (م): فكذلك.
(7) وماله: سقطت من (ق).
(8) انظر: الموطأ: (795/2-796)، التفريع: (18/2)، الكافي: (524).
(9) في (م): الجراح.

الكتابة ورجع رقيقاً، وخير سيده كما يخير في العبد الرق بين افتكاكه أو إسلامه.

فصل [39. في عقل جرح المكاتب]

وإن جرح المكاتب فعقله عقل عبد[1] لأنه باق على الرق ما لم يكمل منه الأداء ويدفع العقل إلى سيده، ولا يمكن المكاتب من التصرف فيه لأنه قد يتلفه ثم يعجز فيعود رقيقاً معيباً في جسده، ويحتسب له بالعقل من كتابته؛ فإن كان تمام ما عليه عتق، فإن عجز تممه مما يؤديه، وإن كان فيه فضل كان له دون السيد؛ لأنه قد صار حراً بأداء الكتابة فوجب أن يملك عقل جنايته.

---

(1) انظر: الموطأ: (2/795-796)، التفريع: (2/18)، الكافي: (523).

كتاب المدبر

التدبير: أن يقول الرجل لعبده أنت حر عن دبر مني، أو أنت مدبَّر، أو إذا مت فأنت حر بالتدبير أو ما أشبه ذلك مما يعلم أنه قصد به إيجاب عتقه بموته مطلقاً على وجه الوصية. وأما إن قال: إن مت من هذا المرض أو هذا السفر؛ فإن ذلك كالوصية يجوز الرجوع فيه وإبطاله[1].

فصل [1. فيمن دبر عبده ولا دين عليه]

ومن دبر عبده ولا دين عليه لم يجز له بيعه ولا هبته ولا نقض تدبيره بوجه ما دام حياً[2] خلافاً للشافعي[3]، لقوله عز وجل: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[4] ولقولهﷺ: "المدبر لا يباع ولا يوهب"[5]، ولأن عتقه معلق[6] بموت سيِّده على الإطلاق كأم الولد.

فصل [2. في حكم المدبر إذا مات السيد]

إذا مات السيد نُظر؛ فإن لم يكن عليه دين وكان له مال يخرج من ثلثه عتق في الثلث، وإنما وجب عتقه لوجود الصفة التي كان العتق معلقاً عليها وهي موت السيد؛ كأم الولد[7]، وإنما قلنا: إنه يعتق في الثلث دون رأس المال خلافاً لداود[8]، لما رواه أبو قلابة[9] أن النبي ﷺ قال: "المدبر من

(1) انظر الموطأ: (810/2)، المدونة: (37/3)، التفريع: (9/2)، الرسالة: (223)، الكافي: (517)، المقدمات: (187/3).
(2) انظر: المدونة: (37/3)، التفريع: (9/2)، الكافي: (517).
(3) انظر مختصر المزني: (322)/ الإقناع: (206).
(4) سورة المائدة، الآية: 1.
(5) أخرجه الدارقطني: (138/4)/ من طريق عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر ثم قال الدارقطني: لم يسنده غير عبيده وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوفاً من قوله، لا يثبت مرفوعاً (انظر تلخيص الحبير: 215/4).
(6) في م: يتعاين.
(7) انظر الموطأ: (811/2)، المدونة: (39/3)، التفريع: (10/2)، الرسالة: (223)، الكافي: (517).
(8) انظر المحلى: (457/10).
(9) الحديث عن ابن عمر، ولم أجده عن أبى قلابة، وأبو قلابة: عبد الله بن زيد بن عمر- أو عامر الجرمى، أبو قلابة البصري ثقة فاضل كثير الإرسال، مات بالشام هارباً من القضاء سنة أربع ومائة: وقيل بعدها (تقريب التهذيب: 304).

الثلث"[1]، ولأن كل عتق عند الموت بالقول من الثلث الموصي بعتقه، لأن العتق[2] بتلافى المرض آكد حرمة[3] من المدبر ثم يعتق من الثلث؛ فالمدبر أولى.

فصل [3. إذا لم يحمل الثلث المدبر]

وإن لم يحمل الثلث عتق منه بقدر ما يحمله ورق باقيه، وكذلك لو لم يترك غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه للورثة، ولا يجب عليه أن يسعى في فكاك رقبته خلافاً لأبي حنيفة لما بيَّناه في العتق.

فصل [4. إذا كان على السيد دين]

وإن كان على السيد دين بيع جميعه إن أحاط الدين بماله، وإلا فبقدر إحاطة الدين بماله، وعتق ما بقي ورق ما بقي بعد عتق الثلث منه للورثة[4] وعند أبي حنيفة أنه لا يباع في الدين ولكن يسعى الغرماء، فإذا أدى مالهم خرج حرا[5]، ودليلنا أن التدبير يجري مجرى الوصية والدين مقدم على الوصية، فلو قدمنا عتق العبد على الدين لكان في ذلك أحد أمرين ممنوعين:

إما تقديم الوصية على الدين ليتعجل العبد العتق[6] ويحصل الغرماء على سعاية متأخرة، أو انتزاع العبد من أيديهم وإحالتهم في سعاية لا يدري أتصح أم لا بغير رضاهم وإلزام العبد الاستسعاء بغير جناية كانت منه، وكل ذلك باطل، فلم يبق إلا ما قلناه.

---

(1) أخرجه ابن ماجة في العتق، باب: المدبر: (840/2)، والدارقطني: (138/4)، والبيهقي: (314/10)، والحفاظ يقفونه على ابن عمر، وسئل أبو زرعة عن هذا الحديث فقال: إنه باطل (انظر تلخيص الحبير: 215/4).
(2) في (م): العتق.
(3) حرمة: سقطت من (م).
(4) انظر المدونة: (37/3)، التفريع: (9/2)، الكافي: (517).
(5) انظر مختصر الطحاوي: (381)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (121/3).
(6) في (ق): المعتق.

فصل [5. في تدبير بعض العبد]

وإذا دبر بعض عبده كمل عليه جميعه اعتباراً بالعتق؛ لأنه ضرب منه، وإن دبر[1] بعض عبد بينه وبين شريكه بإذنه أو بغير إذنه تقاوماه، فإن صار الذي دبر كمل عليه تدبيره وإن صار للآخر رق، وإن شاء الذي لم يدبر أن يقوم نصيبه على الذي دبر كان له ذلك[2].

وإنما قلنا: إنهما يتقاومانه ليمنع[3] التبعيض فيه، وأجزنا إبطاله إن صار للذي لم يدبر لأن التدبير ليس مستقراً لا محالة، لأنه قد يبطل باستغراق الدين التركة، وقد قيل إنه لا يجوز إلا تقويم الحصة على الشريك[4] الذي يجبر عليه صاحبه إن كان المدبر موسراً اعتباراً بالعتق، إلا أن يشاء الآخر أن يدبر، فيكمل التدبير، كما يختار الشريك في العتق أن يعتق فيكمل العتق.

فصل [6. في ولد المدبر]

ولد المدبر من أمته بمنزلته[5]؛ لأن كل ولد حدث عن ملك اليمين تبع أباه في الحرية والرق، أصل ذلك إذا ابتاع الحر أمة فأولدها، ومن دبر أمة وهي حامل علم بحملها أو لم يعلم بعد التدبير فولدها بمنزلتها، أما حملها إذا صادفها التدبير فلأنه داخل في العقد على رقبتها بالبيع والهبة والكتابة وسائر العقود على الرقبة؛ فكذلك التدبير.

فأما إذا أحدثوا بعد التدبير فلأن كل ولد حدث من نكاح أو زنا فهو تابع لأمه في الحرية والرق اعتباراً بولد العبد إذا تزوج الحرة أو بولد الحر إذا تزوج الأمة، ويقوَّمون مع أمهم قيمة واحدة، لا يقوَّم بعضهم على بعض لتساوي حرمتهم ولوجوب التدبير لهم..

---

(1) في (ق): دبرت.
(2) انظر: الموطأ: (813/2)، التفريع: (2/10-11)، الكافي: (517).
(3) في (م): لمنع.
(4) في (م): المدبر.
(5) انظر: الموطأ: (810/2)، المدونة: (39/3)، التفريع: (9/2)، الكافي: (517).

وللرجل أن يطأ مدبرته لأن ذلك غير ناقص لتدبيرها؛ بل هو مؤكد له لأنها قد تحمل فتكون أم ولد، وذلك أقوى من التدبير، ويفارق المكاتبة لأن تلك تستعجل العتق بالأداء، ففي كونها أم ولد تأخير عتقها.

فصل [7. في جواز استخدام المدبر وإجارته من صاحبه]

للرجل استخدام مدبره وإجارته[1] لأنه على الأصل في ملك تصرفه، وإنما منع من نقض التدبير فقط وليس في ذلك نقض له ..

والفرق بينه وبين أم الولد أنه ليس له من أم الولد إلا الوطء فقط، وهي آكد حكماً من المدبر لأنه لا يزول حكم الاستيلاد بدين ولا غيره؛ بخلاف التدبير.

فصل [8. في جواز انتزاع مال المدبر، وإذا أسلم مدبر نصراني]

وله انتزاع ماله لأن أحكامه[2] أحكام العبد إلا فيما يتقضى نقض التدبير، وليس في انتزاع ماله نقض التدبير، ويستحسن في مرض السيد المخوف للسيد أن لا ينتزع ماله بقرب عتقه فإنه ينتزعه لغيره لا لنفسه[3].

إذا أسلم مدبر نصراني خورج عليه فدفع إليه خراجه ولم يبع عليه، وإنما ينتظر موته فيعتق من ثلثه إن حمله أو حمل منه[4]، وإنما قلنا: ذلك لأنه لا يجوز ثبوت ملك النصراني على المسلم ولا استخدامه بالرق، ولا يجوز بيعه لما ثبت له من الحرية[5] في حياة سيده؛ فوجب أن يؤجر عليه من مسلم ويدفع خراجه إلى سيده، فإذا مات عتق من ثلثه[6] وكان ولاؤه للمسلمين ما دام

(1) انظر الموطأ: (2/814-815)، التفريع: (2/10)، الكافي: (517).
(2) في (ق): أحكامها.
(3) انظر: الموطأ: (2/814)، المدونة: (3/40)، التفريع: (2/9)، الرسالة: (223)، الكافي: (517).
(4) انظر: الموطأ: (2/815)، المدونة: (3/46)، التفريع: (2/12)، الكافي: (517).
(5) في (م): الحرمة.
(6) في (ق): ثلاثة.

نصرانياً، فإن أسلم عاد إليه الولاء.. ويتخرج فيها رواية أخرى وهي: أنه يباع عليه ويدفع الثمن إلى النصراني[1] اعتباراً ببيع أم ولده إذا أسلمت، وحرمة الاستيلاد أقوى من حرمة التدبير.

فصل [9. فيما إذا قتل المدبر]

إذا قتل المدبر فقيمته لسيده[2] لأن أحكامه أحكام العبد في حياة سيده، وكذلك له أرش جناية أعضائه، فإذا أخذ ذلك فهو في ملك لع يعمل به ما يشاء ولا يلزمه أن يجعله في مدبر آخر، لأن السيد لا صنع له في قتله فكان قتله كموته، وكانت قيمته بمنزلة ماله الذي يتركه بعد موته أنه للسيد بالرق لا بالميراث.

فصل [10. في جناية المدبر]

جناية المدبر في خدمته دون رقبته[3] لأن بيعه غير جائز ولا يجوز إسلام رقبته إلى المجني عليه فلم يبق إلا إسلام خدمته، لأن ذلك هو الذي يملكه السيد منه، والسيد مخير إن شاء أفتكه بأرش جنايته وإن شاء أسلم خدمته؛ فإن أسلمها أختدمها المجني عليه لأنها ملك له بدلاً من جنايته وأجره وأخذ أجرته.

وإن كان للمدبر مال تعلقت الجناية بخدمته وماله اعتباراً بالحر في تعلق جناية بذمته وماله؛ فإن كان في المال وفاء بأرش الجناية استوفى منه، وإن لم يكن فيه وفاء تعلق الفضل بخدمته وأخذ المجني عليه حقه منها..

فإذا استوفى أرش الجناية زال تعلقه منه، فإن كان السيد حياً عاد مدبراً على حاله؛ لأن السيد يملك باقي خدمته مدة حياته، فإن مات السيد قبل

---

(1) في (م): إليه.
(2) انظر: الموطأ: (816/2)، التفريع: (10/2)، الرسالة: (223)، الكافي: (518).
(3) انظر: الموطأ: (816/2-817)، التفريع: (10/2)، الكافي: (518).

أن يستوفي المجني عليه أرش جنايته بأن كان له مال يحمل ثلث المدبر عتق في الثلث لأنه لا شيء يمنع عتقه، وما بقى من أرش الجناية دين عليه لأن الجناية لا تبطل أرشها؛ لأنها إما أن تتعلق بالرقبة أو بالذمة، وتعلقها بالرقبة[1] في هذا الموضع متعذر للحرمة التي له بالتدبير فلم يبق إلا تعلقها بالذمة، ولأنه لما كانت جناية الحر متعلقة بذمته كذلك جناية المدبر (بعد حريته. وعن مالك رواية أخرى: أن ما بقى من الأرش يبطل بحرية المدبر)[2].

ووجه ذلك أن الأرش كان متعلقاً بخدمته دون رقبته فلما بطلت بحريته بطل الحق المتعلق بها ببطلانها كموته، هذا كله إذا كان للسيِّد مال (يعتق فيه فإن لم يكن للسيد مال)[3] غيره عتق ثلثه فكان ثلثاه رقاً للورثة ويلزم المدبر ثلث ما بقي من أرش الجناية دينا في ذمته على أظهر الروايتين.

وعلى الرواية الأخرى يبطل عنه، ويخير[4] الورثة في افتكاك الثلثين بثلثي أرش الجناية أو إسلامه من رقبته إلى المجني عليه؛ لأنه قد صار رقاً، وبطل التدبير في ما زاد على ثلثه، فإن أسلموه كان مالكا للمجني عليه؛ لأن المانع كان من إسلامه بثبوت التدبير، وإذا بطل التدبير بضيق المال عنه وجب تعلق ما بقى من أرش الجناية برقبته.

فصل [11. في جواز مقاطعة السيد مدبره على مال يأخذه منه ويعجل عتقه]

يجوز للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه ويعجل له العتق، فإذا فعل ذلك وتعجل ثم مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه بموت

(1) في (ق): بالذمة.
(2) ما بين قوسين: سقط من (م).
(3) ما بين قوسين: سقط من (ق).
(4) في (ق): ويحبر.

سيده[1]؛ لأنه دين تعلق بذمته ولا يعتبر في ذلك خروجه من الثلث؛ لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد فينجز[2] عتقه بالعوض دون التدبير.

ويجوز أن يكاتبه كتابة منجمة فإن أداها قبل موت السيد عتق، وإن مات السيِّد قبل أدائها عتق بالتدبير وسقط عنه باقيها أو جميعها إن كان لم يؤد[3] شيئاً منها، فإن لم يكن له مال غيره عتق ثلثه كما لو لم يكن كاتبه وسقط عنه(ثلث الكتابة؛ لأنه لو عتق لسقطت الكتابة عنه فإذا عتق بعضه)[4] سقط عنه بقدر ما عتق منه، ويبقى ثلثاه مكاتبا بثلثي الكتابة، فإن أداه عتق، وإن عجز رق للورثة. والله أعلم[5].

---

(1) انظر: الموطأ: (811/2)، التفريع: (11/2).

(2) في (ق): فيجوز.

(3) في (ق): لم يرد.

(4) ما بين قوسين: سقط من (ق).

(5) والله أعلم: سقطت من (ق).

كتاب أمهات الأولاد [1]

إذا حملت الأمة من سيِّدها فقد ثبت لها حرمة[2] حرية تمنع بيعها وهبتها والمعاوضة على رقبتها، أو من خدمتها أو إسلامها في جناية أو عتقها عن سبب يوجب العتق من كفارة أو نذر أو غير ذلك، ولم يبق فيها إلا الاستمتاع بها في حياته واستخدامها فيما يقرب ولا يشق، سواء وضعت ولداً ميتاً أو حياً كامل الخلقة أو ناقصاً، أو أسقطت مخلقاً أو غير مخلق، علقة أو مضغة أو ما يعلم أنه حمل..

فإذا مات سيِّدها عتقت من رأس ماله كان له مال سواها أو لم يكن له غيرها، كان عليه دين أو لم يكن، لا سبيل للغرماء عليها في حياته ولا بعد موته، ويتبعها مالها إذا عتقت قبل[3] موته وله انتزاعه في حياته.

وإن حملت منه قبل ملكه لها ووضعت ثم ملكها لم تكن بذلك أم ولد، فإن ملكها بعد الحمل وقبل الوضع ففيها روايتان؛ إحداهما: أنها تكون أم ولد، والأخرى: أنها لا يتكون أم ولد، وفي إجباره إياها على التزويج روايتان.

وولدها من غيره بمنزلتها في منع بيعهم إلا أن له إجارتهم بخلاف أمهم، وقيمتها إن قتلت[4] وأرش جراحها لسيدها فإن لم يقبضه حتى مات ففيها روايتان؛ إحداهما: أنه ملك له، والأخرى: أنه يتبعها كمالها..

---

(1) **أم الولد**: هي الحر حملها من وطء مالكها عليه جبراً (الفواكه الدواني: 144/1 حدود ابن عرفة: 526).
(2) حرمة: سقطت من ق.
(3) في (م): بعد.
(4) في (م): قبلت.

وليس له إسلامها في جناية تجنيها، والخيار له في افتكاكها بأقل الأمرين من أرش الجناية أو قيمة رقبتها، وحكمها في جراحها وحدودها وطلاقها وعدتها من زوجها ومنع شهادتها وميراثها سقوط الحد عن قاذفها والقصاص لها من الحر إذا قتلها أو جرحها حكم الإماء[1] ما دام سيدها باقياً، واستبراؤها من موته بحيضة وهو استبراء وليس بعدة[2]..

وتعلق الفضل بخدمته وأخذ المجني عليه حقه منها، فإذا استوفى أرش الجناية زال تعلقه منه، فإذا كان السيد حياً عاد مدبراً على حاله لأن السيد يملك باقي خدمته مدة حياته، فإن مات السيد قبل أن يستوفي المجني عليه أرش جنايته بأن كان له مال يحمل ثلث المدبر عتق في الثلث لأنه لا شيء يمنع عتقه، وما بقي من أرش الجناية دين عليه؛ لأن الجناية لا تبطل أرشها لأنها إما أن تتعلق بالرقبة أو بالذمة، وتعلقها بالرقبة[3] في هذا الموضع متعذر للحرمة التي له بالتدبير، فلم يبق إلا تعلقها بالذمة، ولأنه لما كانت جناية الحر متعلقة بذمته كذلك جناية المدبر (بعد حريته، وعن مالك رواية أخرى أن ما بقي من الأرش يبطل بحرية المدبر)[4].

ووجه ذلك أن الأرش كان متعلقاً بخدمته دون رقبته فلما بطلت بحريته بطل الحق المتعلق بها ببطلانها كموته، هذا كله إذا كان للسيد مال (يعتق فيه، فإن لم يكن للسيد مال)[5] غيره عتق ثلثه رِقاً للورثة ويلزم المدبر ثلث ما بقي من أرش الجناية ديناً في ذمته على أظهر الروايتين.

---

(1) في (م): الأمة.
(2) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (742/2)، المدونة: (42/3)، التفريع: (5/2) ، الرسالة: (225)، الكافي: (514)، المقدمات: (195/3).
(3) في (ق): بالذمة.
(4) ما بين قوسين سقط من (م).
(5) ما بين قوسين: سقط من (ق).

وعلى الرواية الأخرى: يبطل عنه ويخير[1] الورثة في افتكاك الثلثين بثلثي أرش الجناية أو إسلامه من رقبته إلى المجني عليه؛ لأنه قد صار رِقًّا وبطل التدبير في ما زاد على ثلثه، فإن أسلموه كان مالكاً للمجني عليه لأن المانع كان من إسلامه بثبوت التدبير وإذا بطل التدبير بضيق المال عنه وجب تعلق ما بقى من أرش الجناية برقبته.

فصل [1. في جواز مقاطعة السيد مدبره على مال يأخذه منه ويعجل عتقه]

يجوز للسيد أن يقاطع مدبره على مال يأخذه منه ويعجل له العتق، فإذا فعل وتعجل ثم مات السيد قبل أخذ المال لم يسقط عنه بموت سيده[2] لأنه دين تعلق بذمته، ولا يعتبر في ذلك خروجه من الثلث لأن الحرية قد سبقت له قبل موت السيد فينجز[3] عتقه بالعوض دون التدبير.

فصل [2. في عدم جواز هبة أو معاوضة أم الولد]

وإنما قلنا: إنه لا يجوز هبتها ولا المعاوضة عليها بغير البيع أيضاً فللإجماع على أن لا فرق بين البيع وبين ذلك كله، ولأن الحرمة المانعة من بيعها مانعة من ذلك كله.

فصل [3. في منع عتقها عن سبب يوجب العتق]

وإنما منعنا أن تعتق عن سبب يوجب العتق لأن عقد الحرية قد ثبت لها فلا يكون عتقها تحريراً، ولأن الملك عليها ناقص بنقصان التصرف فيها، وللسيد أن يعجل[4] عتقها ابتداءً لأن ذلك إسقاط لحقه الباقي عليه من الاستمتاع.

---

(1) في (ق): ويجبر.
(2) انظر: الموطأ: (811/2)، التفريع: (11/2).
(3) في (ق): يجوز.
(4) في (م): أن يجعل.

فصل [4. في منع إجارة أم الولد]

وإنما منعنا من إجارتها خلافاً للشافعي[1] لأن الحرمة المانعة من بيعها مانع من إجارتها ولولا الوطء لكان عتقها منجزاً.

فصل [5. في جواز الاستمتاع بأم الولد من سيدها]

وإنما قلنا: إن للسيد الاستمتاع بها لأن الحرمة إنما تثبت لها بالوطء، فلا يجوز أن يجتلب[2] حرمة توجب تحريمه، وكذلك روي عن عمر بن الخطاب- ﵁- أنه قال: له الاستمتاع بها ما عاش[3].

فصل [6. في عدم التفريق بين حياة الولد وموته]

وإنما لم يفرق بين حياة الولد وموته لعموم الأخبار، ولأن الحرمة بالولادة دون صفة الولد.

فصل [7. في عدم مراعاة التخليق في الولد]

وإنما لم يراعَ التخليق خلافاً للشافعي[4] لأن حرمة الولد[5] ثابتة بالحمل اعتباراً بحصول التخليق، ولأنا لما لم نراع آخره لم نراع وسطه.

فصل [8. في كون أم الولد تعتق من رأس المال]

وإنما قلنا: تعتق من رأس المال لأن الحرمة حاصلة بها الآن، وإنما بقي للسيد فيها الاستمتاع بالوطء فقط، والوطء لا يورث عنه ولا يملك بعده[6]، وليس له قيمة يراعى دخولها في الثلث، فلم يبق إلا العتق من رأس المال كالمعتقة إلى أجل.

---

(1) انظر مختصر المزني: (332)، الإقناع: (210).

(2) في (م): تجنيب.

(3) الموطأ: (776/2°، عبد الرزاق: (292/7).

(4) انظر مختصر المزني: (332)، الإقناع: (209).

(5) في (م): الولاءة.

(6) في (ق): ولا يصدقه.

فصل [9. في عدم التفريق إن كان له مال سواها أم لا؟]

وإنما لم يفرق بين أن يكون له مال سواها أو لم يكن لأن الأخبار مطلقة غير مقيدة، ولأن مراعاة مال سواها إنما يحتاج إليه فيما يكون عتقه في الثلث لينظر هل يخرج كله أو بعضه، وذلك غير معتبر هاهنا فلا معنى لمراعاته.

فصل [10. في عدم مراعاة إن كان عليه دين أو لا]

وإنما لم نراع أن يكون عليه دين أو لا يكون لعموم الأخبار، ولأن عتقها كان مستحقاً في الحياة؛ وإنما منع منه الوطء فإذا زال ذلك بالموت فلم يبق مانع منه، ولو وطىء المديان أمة له فحملت منه لكانت أم ولد، ولم يكن للغرماء اعتراض عليها لقوة الحرمة بالوطء وتأكيدها على القول بالعتق للحامل من جهته.

فصل [11. في مال أم الولد]

وإنما قلنا: إن مالها يتبعها إذا أعتقت لأن كل مملوك عتق بوجه من وجوه العتاقة[1] فماله تبع له، ما لم ينزعه سيِّده أو يستثنيه عليه عند عتقه.

فصل [12. جواز انتزاع السيد مالها]

وإنما قلنا: إن لسيِّدها انتزاعه منها حال الحياة لأن ملكه باقٍ عليها، فكان له انتزاع مالها كالأمة، ولا يدخل عليه المكاتب لأن في انتزاع مالها نقصان لعقد عتقه فهو كبيع أم الولد والمدبرة[2]، قال مالك: إلا أن يشتد مرضه فلا يكون له ذلك لقرب الوقت الذي يعتقها[3] فيه، فمنع انتزاعه كما يمنع إخراج ماله في المرض المخوف إبقاء على ورثته لقرب استحقاقهم له، لأنه حينئذ ينتزعه لغيره لا لنفسه وإنما له أن ينتزعه لنفسه.

---

(1) في (م): العتق وفي (ر): العتاقات.

(2) في (م): المدبر.

(3) في (ق): يتبعها

فصل [13. إذا ولدت منه بعقد نكاح ثم ملكها]

وإنما قلنا: إنها إذا ولدت منه بعقد نكاح ثم ملكها فإنها لا تكون أم ولد بذلك خلافاً لأبي حنيفة[1] لقوله ﷺ: "أيما أمة ولدت من نكاح سيِّدها فهي معتقة عندبر"[2]، فعلق ثبوت الإيلاد[3] بأن يكون من سيدها، وهذه ولدت من زوج، ولأن الحرمة تثبت لأم الولد من جهة الولد فإذا كان الولد لا حرمة له في نفسه لن يسر إلى أمه، ولأنها وضعت ولداً مملوكا فلم يثبت به حرمة أم الولد أصله الزنا، ولأنها لم تكن أم ولد قبل الابتياع فكذلك بعده.

فصل [14. إذا ابتاعها حاملا]

ووجه قوله: إنه إذا ابتاعها حاملاً أنها تكون أم ولد؛ قوله :ﷺ "أيما أمة ولدت من سيدها فإذا مات فهي حرة"[4]، ولم يفرق بين أن تكون حملت منه قبل الملك أو بعده، ولأنه قد ثبتت له حرمة الحرية من جهة أبيه حال الحمل فسرى ذلك إلى أمه، أصله إذا ابتدأ الحمل في ملكه.

ووجه قوله: إنها لا تكون أم ولد أنه حمل خلق رقيقاً فلم يثبت به حرمة الاستيلاد لأمه أصله إذا ابتاعها بعد الوضع.

فصل [15. في أم الولد المدبر]

اختلف عنه في أم المدبر هل لها حرمة يثبت لها العتق بموته إذا أعتق أم لا؟ فعنه في ذلك روايتان؛ إحداهما: ثبوتها، والأخرى: نفيها.

فوجه ثبوتها: اعتبارها بأم ولد المكاتب بعلة أو ولدها من سيدها داخل في عقد العتق الثابت له ومكتسب لحرمته، فوجب أن تكتسب أمة الحرية به.

---

(1) انظر مختصر الطحاوي: (377)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (123/3).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (م): الاستيلاد.
(4) سبق تخريج الحديث.

ووجه نفيه: أن حرمة سيدها ضعيفة لإمكان بطلان عتقه وعود رقه، فلم تسر الحرمة إلى أمته بولادتها منه، فإذا قلنا: لها حرمة الاستيلاد، لم يجز للسيد انتزاعها منه حاملاً كانت أم غير حامل، وإن قلنا: ليس لها حرمة الاستيلاد فله انتزاعها[1] ما لم تكن حاملاً لأنها مال للمدبر وللسيد انتزاع مال مدبره، وإن كانت حاملا لم يكن له انتزاعها رواية واحدة لأن الولد داخل في تدبير أبيه.

فصل [16. في أم ولد المكاتب]

في أم ولد المكاتب خلاف[2] لأنه قد جاز للمكاتب بيعها من غير دين، وهذا يدل على أنه لا حرمة لها بالاستيلاد، وقال: ليس له بيعها إلا أن يرهقه دين..

فوجه الأول: أن حرمتها ضعيفة لضعف حرمة سيِّدها لأنه يعتق بالأداء ويرق بالعجز؛ فلذلك لم يثبت لها حرمة الاستيلاد وجاز له بيعها.

ووجه الثاني: اعتباراً بأم ولد الحر لثبوت حرمة العتق لسيدها، فأما إذا رهن المكاتب دين أو خيف عليه العجز فلا أعلم خلافاً عن مالك أن له بيعها في دينه، وأن لسيدها بيعها في كتابته لأن دينه يؤدي إلى عجزه فيرق وتبطل حرمتها وحرمته.

فصل [17. إذا أسلمت أم ولد النصراني]

وإذا أسلمت أم ولد نصراني عرض عليه الإسلام عقيب إسلامها؛ فإن أسلم فهي أم ولده مثل ما كانت، فإن أبى ففيها روايتان[3]:

---

(1) في (م): لم يجز للسيد انتزاعها منه.

(2) انظر: المدونة: (3/54-55)، التفريع: (2/19)، الكافي: (516).

(3) انظر: المدونة: (3/53)، الكافي: (515-516).

إحداهما: أنها تعتق عليه، والأخرى أنها تباع، فوجه قوله إنها تعتق عليه: لأنه لم يكن له فيها إلا الوطء فإذا حرم بالإسلام وجب عتقها لأنه لا يجوز بقاء ملك على ملك لا ينتفع منه بشيء من وجوه الانتفاع، وكذلك قوله في أم ولد الابن إذا وطئها الأب أنها تعتق على الابن لأن وطأها محرم عليه.

ووجه قوله: إنها تباع عليه أن النصراني غير متعبد بفروع الدين فلم يجز حكمه، ولأنه لما لم يمنع بيعها قبل إسلامها كذلك بعده كالعبد الغني إذا أسلم.

فصل [18. في إجبار أم الولد على التزويج]

ووجه قوله: إن له أن يزوجها بغير رضاها لأنه قد بقي له فيها ملك (الوطء بحكم الرق فجاز له المعاوضة عليها كما أنه لما ملك)[1] من المدبر خدمته جاز له المعاوضة عليها.

ووجه قوله: لا يزوجها إلا برضاها أنه عقد على منافعها فلم يكن له ذلك إلا برضاها كالإجارة وذلك مكروه في الجملة للدناءة ونقصان المروءة.

فصل [19. في ولد أن الولد من غير سيدها]

وإنما قلنا: إن ولدها[2] من غيره هو بمنزلتها لأن الأصول موضوعة على أن كل ولد حدث من ملك اليمين فإنه تابع لأبيه في الحرية والرق وعقودهما، والأصل فيه ولد الرجل من أمته، وكل ولد حدث من غير ملك اليمين[3] ولا شبهة ملك فهو تابع لأمه في ذلك، والأصل فيه المتزوج بأمة غيره، فإذا ثبت ذلك كان ولد أم الولد بمثابة أم الولد يعتق بموت سيدها من رأس المال كعتق أمه، إلا أنه لا يجوز للسيد وطؤها إن كانت أنثى لأنها ربيبة.

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) في (م): ولده.
(3) اليمين: سقطت من (م).

وإنما قلنا: إن له إجارته بخلاف أمه لأن أمه كان له فيها الاستمتاع وهو بعض أحكام الملك وذلك حرام عليه من ولدها فلم يبق فيهم إلا الإجارة؛ لأنا لو منعنا ذلك لم يبق لهم عليه شيء من أحكام الرق، وذلك ينافي بقاء الملك.

فصل [20. في قيمة أم ولد إذا قتلت]

وإنما قلنا: إن قيمتها إن قتلت لسيِّدها لأنها على ملكه، وإن كان ناقص التصرف فيها، وكذلك أرش جراحها له لأنها إذا كان يملك قيمتها لو قتلت ملك أرش جراحها اعتباراً بالعبد القن[1] ..

ووجه قوله: إنه إذا لم يقبضه حتى مات فإنه يورث عنه فلا يتبعها هو أنه ما كان يملكه في حياته دونها فكان لورثته بعد موته؛ لأن ما ملكه الإنسان في حياته من المال فهو لورثته بعد موته.

ووجه قوله: إنه لها إنها تملك أرش الجناية عليها وللسيد انتزاعه كما له انتزاع مالها فلما لم ينتزعه في الحياة تبعها كغيره من مالها.

فصل [21. في عدم جواز إسلامها لجناية يجنيها السيد]

وإنما قلنا: ليس له إسلامها لجناية تجنيها؛ لأن إسلامها بمنزلة بيعها لأن الغرض به استرقاقها واخذ رقبتها عوضاً من جنايتها وإذا لم يجز إسلامها وكان السيد سبب المنع لزمه افتكاكها.

وإنما قلنا: إنه يكون مخيراً بين القيمة وأرش الجناية اعتباراً بالعبد إذا امتنع من إسلامه إلى المجني عليه وتعذر بنقص وجوه التعذر، فأما القيمة فإنها تقوم مقام المقوم وتسد مسده والمراعاة فيها يوم الحكم، ولأن ذلك وقت وجوب تسليم العبد القن وكذلك في أم الولد، وأما أرش الجناية فلأنها بدل من

(1) القن: هو الذي لا شائبة حرية فيه.

جنايتها، والخيار له في أقل الأمرين لأن المجني عليه لا مقال له إذا أخذ بدل جنايته أو بدل رقبة الجاني.

فصل [22. في أحكام أم الولد في الحدود والجراح والشهادات وغير ذلك]

وإنما قلنا: إن أحكامها في حدودها وجراحها وشهادتها وغير ذلك أحكام العبيد؛ لبقائها على الرق، ونقصان التصرف فيها لا يمنع جرى: أحكام الرق عليها كالمعتق إلى أجل.

فصل [23. استبراء أم الولد من موت سيدها]

وإنما قلنا: استبراؤها من موت سيِّدها بحيضة لأنه استبراء من وطء بملك اليمين كالأمة، وإنما لم نقل عليه العدة بالشهور خلافاً لمن ذهب إلى ذلك، ولأن العدة تجب على الزوجات وهذه ليست بزوجة، فإن يئست من المحيض فبثلاثة أشهر؛ لأن ذلك قائم مقام الحيض إذا عدم، وبالله التوفيق[1].

---

(1) وبالله التوفيق: سقطت من (ق) ومن (ر).

كتاب الأقضية والشهادات والدعاوي والبيانات وما يتعلق بذلك[1]

الأصل في القضاء[2] قوله: ﴿ يَـٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَـٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ ﴾[3]، قوله – عزَّ وجلَّ –: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾[4]، قوله تعالى: ﴿ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ﴾[5]، وقوله ﷺ: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن اجتهد فأخطأ فله أجر"[6]، وقوله لمعاذ بن جبل لما وجهه إلى اليمن قاضيا: "بم تحكم؟ قال: بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد؟" قال بسنة رسول الله ﷺ، قال: "فإن لم تجد؟" قال اجتهد رأيي، فقال رسول الله ﷺ: "الحمد الله الذي وفق رسول الله لما يرضى رسول الله"[7]، وفيه أخبار كثيرة عنه ﷺ وعن السلف بعده.

فصل [1. الخصال التي يجب توفرها في القاضي]

ويجب أن يكون في القاضي خصال؛ منها ما لا يتم الحكم إلا بها ما هو من آداب القضاء وسنة الحكم في الشرع:

---

(1) في (م): كتاب الأقضية فقط.
(2) **القضاء** في اللغة: القاف والضاد والحرف المعتل أصله صحيح يدب على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، والقضاء: الحكم (معجم مقاييس اللغة: 99/5)، وفي الاصطلاح: صفة حكيمة توجب لموصفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين (حدود ابن عرفة: 433).
(3) سورة ص، الآية: 26.
(4) سورة المائدة، الآية : 49.
(5) سورة النساء، الآية: 105.
(6) أخرجه البخاري في الاعتصام، باب: اجر الحاكم إذا اجتهد (158/8)، ومسلم في الأقضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد: (1342/3).
(7) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب: اجتهاد الرأي في القضاء: (18/4)، والترمذي في الأحكام، باب: ما جاء في القاضي كيف يقضي: (616/3)، وأحمد: (236/5،230)، والبيهقي: (87/10)، وابن عدى والطبراني، وليس إسناده يتصل (انظر تلخيص الحبير: (182/4).

فأول ما يجب[1] فيه: أن يكون فقهياً غير عامي ومن أهل الاجتهاد، عارفاً بالكتاب والسنة وطرق الاجتهاد وترتيب الأدلة وكيفية النظر فيها وتخريج الفروع على الأصول..

ولا يجوز له تقليد غيره من العلماء ما دام عليه فسحة في النظر ومهلة يمكنه فيها الاجتهاد، فإن خاف فوات الحادثة متى أخرجها إلى أن يلوح[2] له فيها النظر وتعين عليه فرض الحكم فيها؛ فهل يجوز له أن يقلد غيره من العلماء أو لا يجوز له؟ فيها نظر فكان الأقوى أن يجوز لأن تأخير الحكم: يؤدي إلى فوات الغرض وإضاعته، ولأن الصحابة- رضوان الله عليهم- قد كان يقلد بعضهم بعضاً في الأحكام إذا خفي على المقلد منهم طريق النظر في حكم الحادثة[3].

فصل [2. في عدم جواز كون الحاكم عامياً]

وإنما قلنا: إنه لا يجوز أن يكون الحاكم عاميا خلافاً لأبي حنيفة[4]، لقوله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ﴾[5] وذلك يتضمن الاجتهاد، وقوله تعالى: ﴿فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾[6] والمقلد لا يفرق[7] بين الحق والباطل بالتقليد، وقوله ﷺ: لمعاذ: "بم تحكم؟" قال: بكتاب الله، قال: "فإن لم تجد؟" قال: فبسنة رسول الله ﷺ، قال: فإن لم نجد"، قال أجتهد رأيي، فقال رسول الله ﷺ: "الحمد الله الذي وفق رسولَ رسولِ الله ﷺ لما يرضي

(1) يجب: سقطت من (م).
(2) في (ق): يبرح.
(3) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (719/2)ن المدونة: (76/4)، الكافي: (497).
(4) انظر مختصر الطحاوي: (333)، مختصر القدوري مع الشرح الميداني: (78/4).
(5) سورة النساء، الآية: (105).
(6) سورة ص، الآية: (26).
(7) في (م): لا يغرق الفرق.

رسول الله"[1]، قوله: "إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن اجتهد فأخطأ فله أجر"[2].

وهذا كله يدل على أن الحاكم يجب أن يكون من أهل الاجتهاد، ولأن التقليد لا يثمر عليه، ولا يجوز التقليد إلا للعامي للضرورة إلى أن يلي الحكم ويقلد غيره، ولأن القضاء آكد وأقوى من الفتيا لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه، والمستفتي لا يلزمه المصير إلى فتيا المفتي، فإن لم يجز للمفتي أن يكن مقلداً فالقاضي أولى.

وينبغي للقاضي أن يكون فطناً متيقظاً كثير التحرز من الحيل وما ينم[3] مثله على المغفل أو الناقص أو المتهاون..

وأن يكون عالماً بالشروط عارفاً بما لابد منه من العربية واختلاف معاني العبارات، فإن الأحكام تختلف باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات وغير ذلك مما يتعلق، ولأن كتاب الشرط هو الذي يتضمن حقوق المحكوم له وعليه، والشهادات تسمع بما فيه فقد يكون العقد واقعاً على وجه يصح أو لا يصح فيجب أن يكون فيه علم بتفصيل ذلك وتحمله[4]..

وينبغي أن يستبطن أهل الدين والأمانة والعدالة والنزاهة ويستعين بهم على ما هو سبيله ويعول بهم على التوصل إلى ما ينوبه، ويخفوا عنه فيما يحتاج إلى الاستبانة فيه من النظر في الوصايا والأحباس والوقوف والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك مما ينظر فيه.

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) ينم: أي يخفى.
(4) وتحمله: سقطت من (م).

والأولى عندنا[1] أن يقضي في المسجد، خلافاً للشافعي في كراهية[2] ذلك؛لأن النبي كان يحكم فيه، والأئمة بعده، وليقرب الوصول إليه على كل من أراده.

وينبغي له التسوية بين الخصمين في المجلس وأن يكون إقباله عليهما على حد سواء كما روي عن السلف والأئمة من القضاء بذلك، وأن يبتدئ منهما من بدأ بالدعوى فيسمع دعواه ويستوفى الحكم له ثم يثني من بعده، وإن تشاحى في التقديمة والتبدية ولم يعلم صدق أحدهما أقرع بينهما فيبدأ بمن يخرج سهمه لأنه لا طريق إلى الفصل[3] بينهما إلا بذلك، ويجوز أن يقال أن ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم والإقراع أقرب إلى العدل.

وينبغي إذا استوفى سماع البيِّنة وأراد الحكم أن يقول للمحكوم عليه أو لوكيله إن لم يحضر: أبقيت لك حجة؟ أم هل عندك ما تدفع به حجة خصيمك؟ فإذا قال: لا، حكم حينئذ، وإن قال: نعم انتظر ما يأتى به فإن تبين منه اللدد[4] حكم ولم يلتفت إلى قوله.

وينبغي أن يكون له صاحب مسائل يكون من أهل الأمانة والثقة؛ فيسأله عن شهوده ويعول عليه في تعديل من شهد عنه، وينبغي للمزكي أن يكون عالماً بوجوه التعديل والجرح عارفاً بطرقهما.

وللحاكم أن يحكم بشهادة من يعلمه عدلاً وأن يرد شهادة من يعلمه فاسقاً أو يعلمه غير مستكمل بشروط العدالة وليس ذلك حكماً بعلمه، وشروط القضاء وآدابه كثيرة لا يحتملها هذا المختصر وفيما ذكرناه كفاية، إن شاء الله.

---

(1) عندنا: سقطت من (م).
(2) انظر، مختصر المزني: (299)، الإقناع: (194).
(3) في (م): القضاء.
(4) في (م): الرفع، واللدد: هو من اشتدت خصومته (المصباح المنير: 551).

فصل [3. في منع الحاكم من أي يحكم بعلمه]

ولا يحكم الحاكم بعلمه في شيء أصله لا قبل ولايته ولا بعدها لا في حكمه ولا في غيره ولا في حقوق الله ولا حقوق الآدميين.

وقال عبد الملك: يحكم بعلمه في مجلس حكمه إذا حضر عنده الخصم واعترف بحق خصمه[1].

وقال أبو حنيفة: يحكم في حقوق الآدميين فيما علمه بعد القضاء لا يحكم فيما علم قبله[2]، وقال الشافعي: إنه يحكم بعلمه في كل الأشياء[3].

فدليلنا: قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾[4] فأمر بجلد القاذف متى لم يقم بينة على ما رمى به المقذوف، وقوله ﷺ في حديث هلال بن أمية لما لاعن زوجته: "إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال، وإن جاءت به على نعت كذا فهو (لشريك؛ فجاءت به على نعت المكروه فقال ﷺ: "لو كنت راجماً أحداً بغير بيِّنة لرجمتها"[5]، موضع الدليل أنه ﷺ علم أنها زنت لإخباره أنها جاءت به على نعت كذا فهو)[6] لغير زوجها، ثم لم يحكم بالحد لعدم البينة.

وعند المخالف: يجب أن يرجمها إذا علم بذلك، وروي أنه ﷺ بعث أبا جهم مصدقاً فلاحقاه رجلان فشجهما فأتيا إلى النبي ﷺ يطلبان القصاص فبذل لهما مالاً فرضيا به فقال: إني أخطب الناس وأذكر لهم ذلك أفرضيتما، قالا: نعم، فخطب الناس ثم قال: أرضيتما بعد أن ذكر القصة فقالا: لا، فهمَّ بهم المهاجرون والأنصار فمنعهم النبي ﷺ ثم نزل فزادهما

---

(1) انظر: المدونة: (78/4)، التفريع: (245/2)، الكافي: (500).
(2) انظر مختصر الطحاوي: (332)، تحفة الفقهاء: (370/3).
(3) انظر مختصر المزني: (299)، الإقناع: (196).
(4) سورة النور، الآية: (4).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) ما بين قوسين سقط من (م).

فرضيا فصعد المنبر فقال أرضيتما فقالا: نعم[1]، موضع الدليل: أنه لم يحكم عليهما بعلمه لما جحدا أن يكونا رضيا، ولأنه ﷺ امتنع من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم وقال: "لئلا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه"[2]، وإنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا بكفرهم كعلمه، ولأن الحاكم لما كان غير معصوم فقد تلحقه الظِّنة والتهمة في أن الحكم لوليه على عدوه وأمكن وقوع ذلك منهم وجب حسم الباب بألا يحكم بعلمه؛ لئلا يدعى عليه بذلك، ولإمكان أن يقع ذلك منه فيلحق الناس أذية منه: فإذا منع أن يحكم بعلمه زالت التهمة في ذلك ويعرض الكلام في الحدود، ولأصحاب الشافعي فيها وجهان.

ودليلنا أنه لا يحكم فيها بالعلم: الظاهر والأخبار، وقول أبي بكر - رضي الله عنه -: لو رأيت رجلاً[3] على حد من حدود الله ما أقمته عليه حتى يشهد على ذلك أربعة[4]، ولا مخالف له نعلمه، وإن سلموا ذلك قسنا عليه سائر الحقوق، وقلنا إنه حكم بعلم فلم يجز أصله الحدود واعتباراً بعلمه قبل الولاية مع أبي حنيفة، وفي غير مجلس الحكم مع عبد الملك.

فصل [4. في جواز تنفيذ الحاكم الحكم بعلمه]

إذا ثبت أنه ليس له أن يحكم فله أن ينفذ الحكم بعلمه بعدالة الشهود ويقف عنه بعلمه بفسقهم، وليس ذلك حكماً منه بعلمه؛ بدليل أن لغيره من الحكم أن يحكم بشهادتهم، ولو كان ذلك حكماً بالعلم لم يجز لمن جاء

---

(1) أخرجه أبو داود في الديات، باب: العامل يصاب على يديه خطأ: (672/4)، النسائي في القسامة، باب: السلطان يصاب على يده: (21/8)، وابن ماجة في الديات، باب: الجارح يفتدي بالقود: (881/2)، وعبد الرزاق: (462/9)، والبيهقي: (49/8)، بسند صحيح (الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد: 666/8).

(2) أخرجه البخاري في المناقب، باب: ما ينهى من دعوى الجاهلية: (160/4).

(3) في (م): أحداً.

(4) سنن البيهقي: 144/10)، كنز العمال: (568/5)، المحلى: (426/9).

بعده أن يحكم بشهادة من قد رد شهادته الذي قبله كما لا يجوز له نقض حكم حكم به مما يسوغ لهما[1] الحكم له.

فصل [5. في كون الحاكم شاهداً فيما علمه ومنع الحكم فيه]

إذا علم شيئاً ومنع الحكم فيه بعلمه فإنه قد يكون شاهداً فيه لمن له الحكم فيرفع إلى الإمام أو إلى غيره من الحكام ويدعى صاحب الحق شهادة الحكم فيكون الحاكم كأحد الشهود؛ فيعمل فيه كما يعمل في شهادة الشاهد وسائر الحقوق[2].

فصل [6. إذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به]

وإذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أن يكون حكم به؛ فإذا شهد شاهدان على حكمه ثبت ولم يسقط بإنكاره، وكذلك لو نسي[3] أن يكون حكم به فشهد به عنده شاهدان قبل شهادتهما[4]، وقال أبو حنيفة والشافعي: إن لم يذكر حكمه لم تنفع شهادة الشهود شيئاً[5].

ودليلنا أنها شهادة عنده على حكم له كان ذاكراً له لساغ قبولهما فكذلك إذا كان ناسياً، أصله إذا شهد عنده بحكم غيره، ولأنه قد تعلق بذلك حق لغيره وهو من يشهد بالحكم له؛ فلو قلنا إن الشهادة غير مقبولة إلا أن يذكرها ومعلوم أنه قد نسي ويشك لأدى إلى تضييع حقوق الناس ولكان لا معنى للإشهاد على إنفاذه، ولأنه قد يتهم أيضاً أن يكون جحد حكمه لعداوة بينه وبين المشهود له.

---

(1) في (م): إليه.
(2) انظر: المدونة: (78/4)، التفريع: (245/2)، الكافي: 500.
(3) في (ق): خشى.
(4) انظر التفريع: (246/2)/ الكافي: (500).
(5) انظر مختصر الطحاوي: (229-300)، الإقناع: (196).

فصل [7. إذا وجد في ديوانه حكما بخطه ولم يذكر أنه حكم به]

وإذا وجد في ديوانه حكماً بخطه ولم يذكر أنه حكم به لم يجز له أن يحكم به إلا أن يشهد عنده شاهدان[1] خلافاً لابن أبي ليلى في قوله: يحكم بالخط[2]، لأنه لم يثبت عنده أنه حكم به فلا يجوز؛ قياساً على حكم غيره.

فصل [8. في عدم جواز تولي العبد والمرأة الحكم]

لا خلاف أعلمه أن العبد لا يجوز أن يكون حاكماً[3]، (والعلة فيه نقصه بالرق، وأما المرأة فلا يجوز أن تكون حاكما)[4] عندنا على وجه، وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون حاكماً في كل أمر تجوز شهادة النساء[5]:

فدليلنا قوله ﷺ: "إنكن ناقصات عقل ودين"[6]، وهذا خارج مخرج الذم وفيه تنبيه على منع رد شيء من أمور الدين إليهن، وقوله ﷺ: "لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة[7]" وقوله: "أخروهن حيث أخرهن الله"[8]، ولأنها ولاية لفصل القضاء وتنفيذ الأحكام كالإمامة الكبرى، ولأنه لا يصح أن تكون حاكماً في الحدود والقتل فكذلك في غيره من الأحكام أصله العبد.

---

(1) انظر المدونة: (76/4)، التفريع: (247/4)، الكافي: (502).
(2) انظر: بدائع الصنائع: (4091/9)، المغني: (76/9).
(3) انظر: مراتب الإجماع: (49)، بداية المجتهد: (451/2)، نيل الأوطار: (265/8).
(4) ما بين قوسين سقط من ق.
(5) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (84/4).
(6) أخرجه عبد الرزاق موقوفاً على ابن مسعود: (149/3)، ومن طريقه رواه الطبراني في معجمه (نصب الراية: (36/2).
(7) أخرجه البخاري في المغازي، باب: كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر: (136/8).
(8) أخرجه عبد الرزاق: (149/3)، موقوفاً على ابن مسعود (انظر نصب الراية: 36/2).

فصل [9. فيمن قال بجواز تولي المرأة الحكم مطلقاً]

وذهب ابن جرير الطبري[1] إلى أن المرأة يجوز أن تكون حاكماً على الإطلاق في كل ما يجوز أن يحكم فيه الرجل[2]، وسمعت أبا الفرج بن ظرارة[3] وسئل عن هذه المسألة في مجلس السلطان الأعظم عندنا بمدينة السلام وأنا حاضر سنة سبع وثمانين وثلاثمائة، فاحتج بأن قال: لأن الغرض من الحكام[4] تنفيذ الأحكام، وسماع البيِّنة، والفصل بين الخصوم وذلك متأت من المرأة كتأتيه من الرجل؛ فلا فرق بينهما إلا كفرق ما بين الأنثى والذكر وهذا القدر غير مؤثر[5] فنقضه القاضي الإمام أبو بكر محمد بن الطيب الأشعري[6] شيخنا- رحمه الله- بالإمامة الكبرى لأن الغرض بها حفظ البيضة وحماية الحوزة والذب عن الأمة وجباية الخراج، وأموال المسلمين وصرفها في وجوهها قد يتأتى ذلك من المرأة كتأتيه من الرجل ومع ذلك فلا يجوز أن تكون إماماً.

قلت أنا: وينتقض أيضاً بالعبد فانفصل[7]، وأجاب الشيخ[8] بأن قال: لا يمتنع أيضاً أن يكون الأصل في كل من استنيب في شيء يتأتى منه فعل[9] ذلك الشيء فإنه يصح[10] تأتيه فيه، إلا أن يقوم دليل من جهة

---

(1) ابن جرير الطبري: محمد بن جرير بن يزيد بن كثير، أبو جعفر الطبري، الإمام المفسر صاحب التصانيف البديعة، سمع من السدى ومحمد الرازي وأحمد بن منيع وغيرهم، و حدث عنه أبو قاسم الطبراني وأبو شعيب الحراني، وغيرهم، ت (310).

(شذرات الذهب: 260/2، سير أعلام النبلاء: (267/14).

(2) انظر الأحكام السلطانية للماردي: (65)، المحلى: (631/10)، المغنى: (39/9).

(3) أبو الفرج بن ظرارة: - لعله الإمام أبو الفرج أحمد بن محمد بن عمر بن حسن ابن المسلمة البغدادي المعدل، سمع أحمد بن كامل وأبا بكر السنجاد، وروى عنه الخطيب وجماعة ت(415)هـ (سير أعلام النبلاء341/17).

(4) في (م): الحاكم.

(5) في (م): مؤثر.

(6) أبو بكر بن طيب: هو أبو بكر الباقلاني وقد سبقت ترجمته في مقدمة التحقيق.

(7) فانفصل: سقطت من (ق).

(8) في (م) و(ر): المحتج.

(9) في (ق): قبل.

(10) في (م) و(ر): يصلح.

الشرع يمنعه، وأجاب القاضي عن هذا بأنا لا نسلم أن يكون ذلك أصلاً في الشرع وإنما هو على حسب ما يقوم عليه الدليل من إطلاق أو تقييد، قال: وهذا حيلة لدفع[1] النقض.

فصل [10. إذا كان القاضي لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما]

إذا كان القاضي لا يعرف لغة الخصمين أو أحدهما احتاج إلى من يترجم عنه[2]، وقال أبو حنيفة: يكفي في ذلك رجل واحد كان أو امرأة[3]، وقال الشافعي: لا يكفي في ذلك أقل من اثنين[4]، ولا أحفظ في هذا الوقت شيئاً من متقدمي أصحابنا، وفصَّل متأخرو شيوخنا فقالوا: إن كان الإقرار يتضمن مالاً أو يتعلق بالمال قبل رجل وامرأتان، وإن كان مما لا يتضمن ذلك لم يقبل فه إلا رجلان، والأمر على ما قالوه، إلا أنه إن كان إقرار بمال أو دعواه بمال أو ما يتعلق بالمال عندي أنه يخرج على وجهين؛ أحدهما: أنه يقبل فيه رجل وامرأتان، والآخر لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين ، والذي لأجله وجب ذلك اختلافهم فيما يتعلق بالمال مما ليس هو في الحقيقة شهادة على مال هل يقبل فيه رجل وامرأتان أم لا، وذلك لأنهم اختلفوا في الشهادة على الوكالة بالمال[5].

والوكالة في المطالبة والخصومة فيه ليست مالاً وإنما هي فعل بدن وحكم يثبت فيه يجر إلى تعلق بالمال؛ فكذلك في مسألتنا هي شهادة على لغة وهي أن معنى ما قاله باللغة العربية أنه إقرار بمال والشهادة على أن هذا اللفظ في لغة الخصم موضوع لهذا المعنى في لغة العرب ليست بشهادة على مال؛ فيجب على هذا ألا يقبل إلا شاهدان.

---

(1) في (ق): لرفع.
(2) انظر الكافي: (498).
(3) انظر مختصر الطحاوي: (329).
(4) انظر مختصر المزني: (299)، الإقناع: (197).
(5) انظر التفريع: (2/316-317)، الكافي: (394-395).

فصل [11. متى يحلف الحاكم المدعي عليه للمدعي؟]

لا يحلِّف الحاكم المدعى عليه إلا أن يعلم أن بينهما مخالطة أو معاملة أو تهمة دون اقتصار على مجرد الدعوى، واختلف أصحابنا في تأويل ذلك[1]؛ فمنهم من قال: ينظر إلى الدعوى فإن كان مما يجوز ويشبه أن يدعي مثلها على المدعى عليه أحلف له، (ومنهم من قال: إن كان المدعى عليه يشبه أن يكون مثله [يعامل][2] المدعي فيما ادعى عليه أحلف له)[3]، ومنهم من قال: إن المسألة على ظاهرها لا يحلفه الحاكم إلا أن يعلم بينهما مخالطة أو معاملة، وهذا كله إذا كانا من أهل البلد أو مقيمين به، وأما إذا كانا غريبين فيحلفه ولا يعتبر مخالطته ولا غيرها، وعند أبي حنيفة والشافعي أنه يحلف على أي وجه كان[4].

فدليلنا أن ما قلناه مروي عن علي بن أبي طالب- رضي الله عنه-[5] وهو صحابي إمام ولا مخالف له، ولأن من أصلنا الحكم بالذرائع، ومعناها المنع من المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع، وهذا موجود في مسألتنا لأن اليمين تشق وتصعب على أهل الأقدار والديانات، وربما افتدوا منها وربما بذلوا الشيء الذي يدعى عليهم كراهية أن يتحدث عنهم، أنهم أقدموا على اليمين وحراسة لحسن الظن بهم وانتفاء التهمة[6] عنهم، فلو كانت اليمين بمجرد الدعوى لما شاء أحد أن يؤذي أهل الدين والقدراء ويتعرض لما لهم إلا وأظهر الدعوى فيحصل إما على شيء يأخذه أو على الأذية والذلة لهم، وفي ذلك إضرار بالناس وتطريق إلى من يريد أذاهم إلى ما يريده لهم؛ فوجب

---

(1) انظر: الموطأ: (772/2)، المدونة: (76/4)، التفريع: (243/2-244)، الرسالة: (245)، الكافي: (485-487).

(2) طمس في (ق).

(3) ما بين قوسين: سقط من (م) و(ر).

(4) انظر: مختصر الطحاوي: (364)، مختصر المزني: (306-307).

(5) انظر: سنن البيهقي: (261/10،259)، عبد الرزاق: (277/8)، المحلى: (385/9).

(6) في (م): الظن.

حسم الباب: بالمنع منه حتى إذا كان مع الدعوى سبب يقويها وجب اليمين لغلبة الظن بإمكان ما يدعي المدعي، ولا يلزم على هذا ألا يعديه[1]؛ لأن حضور مجلس الحاكم إذا لم تقارنه: يمين لا هجنة[2] فيه لأنه لم يتم للمحضر[3] المدعي عليه ما أراد به.

فصل [12. في تحكيم غير الحاكم]

إذا حكَّم الرجلان بينهما رجلاً ورضيا بحكمه، فحكم بينهما بما يجوز في الشرع لزمهما ولم يعتبر موافقة حاكم البلد أو مخالفته[4]، وقال أبو حنيفة: إن وافق ما حكم به رأي قاضي البلد لزم وإلا لم يلزم[5]، وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا، والآخر يكون فتوى منه لا حكماً[6]، فدللينا على لزومه خلافاً للشافعي قوله ﷺ: "المؤمنين عند شروطهم"[7]، وقوله: "لكل مسلم شرطه"[8]؛ ولأنهما إذا تراضيا به لزمهما حكمه لإلزامهما أنفسهما وذلك كما لو رضي بقاض البلد، ولا يشبه هذا الشهادة إذا قال: فلان صادق فيما شهد به عليَّ، ثم أنكر شهادته؛ لأن الرضا بالشهادة ليس برضا باجتهاد؛ لأن الشهادة علم يؤديها الشاهد إلى الحاكم لا مجال للاجتهاد فيها له أن ينكرّ إذا شهد عليه بالباطل، والقضاء بخلافها لأن طريقه الاجتهاد فما رضيا بحكمه وعلما أنه يجتهد وأن اجتهاده ربما وافق مراد أحدهما وربما خالفه فقد دخلا على الرضا بما يكون منه.

---

(1) في (م): يغديه.
(2) في (ق): لا سحبة.
(3) في (ق): للحاضر.
(4) انظر: المدونة: (77/4)، التفريع: (248/2)، الكافي: (501).
(5) انظر: مختصر الطحاوي: (333)، مختصر القدوري، مع شرح الميداني: (88/4).
(6) انظر: الإقناع: (197)، المذهب: (290/2-291).
(7) سبق تخريج الحديث.
(8) سبق تخريج الحديث.

فأما إذا حكم بينهما بجور أو بخلاف نص أو إجماع فلا يلزم كالشهود إذا شهدوا بالباطل؛ لأنهما إنما رضيا بأن يحكم بالشرع لا بخلافه..

ودليلنا على أنه يلزم وإن خالف رأي قاضي البلد أنه إذا ثبت أن يتراضيا به[1] فقد صار حاكماً ينفذ حكمه عليها وصار بمنزلة حاكم آخر في البلد؛ لأن تراضيهما به يقوم مقام نصب السلطان له.

فصل [13. في كتاب حاكم بلد إلى حاكم بلد آخر]

إذا ثبت عند حاكم بلد حق لإنسان على رجل في بلد آخر وتعذر عليه إقامة بيِّنة عند حاكم ذلك البلد، جاز للحاكم الذي يثبت الحق عنده أن يكتب بما يثبت عنده له إلى حاكم ذلك البلد وعلى المكتوب إليه أن ينفذه إذا شهد شاهدان[2] بأنه كتاب ذلك الحاكم، ولا تنفع الشهادة على حكمه دون لفظه بأنه كتابة[3].

وإنما قلنا: إن كتاب الحاكم إلى الحاكم يثبت به الحق للضرورة إليه[4]؛ لأن البيِّنة ربما يتعذر إقامتها عند ذلك الحاكم فلم يبق طريق إلا أن يكتب ذلك الحاكم به إلى من يلتمس تنفيذه للحكم؛ لأنه لو لم يقبل ذلك لأدى إلى ضياع الحقوق؛ ولأن كتاب الحاكم أو شهادة الشهود بثبوت الحق يثبت عند الحاكم[5] الثاني بشهادة الشهود عنده بحكم الأول به، فكذلك شهادتهم عليه أن هذا كتابه.

---

(1) في (م): تراضيها.
(2) في (ق): شاهد.
(3) انظر: المدونة: (77/4)، التفريع: (246/2)، الكافي: (499).
(4) في (ق): فيه.
(5) الحاكم: سقطت من (ق).

وإنما قلنا: إن الشهادة على الخط لا تنفع؛ لأن الخط لا يحكم باعتراف كتابه على ما كتبه[1]؛ لأنه قد يكتب أشياء لا يؤخذ بها ولو لفظ كتبه لأخذ به.

فصل [14. إذا مات القاضي المكتوب إليه]

وإذا مات المكتوب إليه أو عزل فجاء الكتاب إليه والمكاتبة للذي قبله، لزم الثاني أن يحكم بما فيه (خلافاً لما حكي عن أبي حنيفة من أنه لا يجوز للقاضي الثاني أن يحكم بما فيه[2])[3] لأن الحاكم لا يخلو أن يكون كتب بأنه قد حكم أو بثبوت حق عنده لم يحكم به، فإن كان قد كتب بأنه قد حكم فيلزم كل من ثبت عنده ذلك من الحكام تنفيذه، وإن كان قد كتب بما يثبت عنده، فذلك جارٍ مجرى الشهادة على الشهادة فشهود الفرع إذا ماتوا جاز لغيرهم تحمل الشهادة كذلك هاهنا.

فصل [15. في حكم الحاكم على الغائب]

يحكم على الغائب إذا أقام الحاضر البيِّنة وسأل الحكم له[4]، وقال أبو حنيفة يسمع الحاكم دعوى الحاضر وبيِّنته ولكن لا يحكم له علي الغائب ولا على من هرب قبل الحكم وبعد إقامة البينة[5]:

ودليلنا قوله ﷺ لهند وقالت له: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي أفآخذ من ماله؟ فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[6]، وقول عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– لما خطب الناس: "ألا إن أسفيع: جهينة رضي لدينه وأمانته أن يقول سبق الحاج فادَّان معرضاً وإنا

---

(1) في (ق): كتابه فإن على ما كتبه.
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (330).
(3) ما بين قوسين سقط من ق.
(4) انظر: التفريع: (249/2).
(5) انظر: مختصر الطحاوي مع شرح الميداني: (88/4).
(6) سبق تخريج الحديث.

بائعوا ماله فمن كان له عليه دين فليحضر"[1] ولم يكن أسفيع حاضراً ولا أنكر ذلك على عمر أحد؛ ولأنها بيِّنة مسموعة طلب صاحبها الحكم بها فأشبه إذا كان الخصم حاضراً، ولأنها دعوى مستحق على غائب قامت بها بينة فوجب أن يحكم بها، أصله: إذا ادعى على رجل أنه قتل وليه خطأ لا خلاف أنه يحكم له بالدية على العاقلة وإن كانوا غيباً؛ لأن غيبة المدعى عليه لا يمنع الحكم عليه أصله إذا ادعى على ميت وأقام البينة أو أو ادعى على جماعة غيب أحدهم حاضر؛ ولأن عدم الحضور بالموت أبلغ في التعذر منه بالغيبة فإذا قضى مع الموت فمع الغيبة[2] أولى، لأن ذلك ذريعة إلى إبطال حقوق الناس؛ لأنه لا يشأ أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا غاب فلا يمكن القضاء عليه؛ ولأن الاتفاق حاصل على أن الحاكم يسمع البيِّنة عليه والفائدة في ذلك الحكم بها، وإلا لم ينتفع باستماعها؛ ولأنهم قد وافقونا على أن امرأة لو ادعت النفقة على زوجها وهو غائب وذكرت أن له وديعة عند رجل فأقر بها فإنه يقضى لها بنفقتها ويؤخذ لها منه، فكذلك سائر الحقوق.

فصل [16. في التفريق في الحكم مع الغيبة بين الرباع وغيرها]

وإنما فرقنا بين الرباع وغيرها من الأموال؛ لأن الرباع مأمونة لا يخاف عليها فاستحسن مالك – رحمه الله- التوقف عن الحكم فيها مع الغيبة[3]، وأن لا يعجل بذلك إلى أن يقدم الغائب فيذكر حجة إن كانت له، ويحكم عليه بما لا يحتاج إلى نقض بعده، وعنه رواية أخرى أنه لا فرق بين الرباع وسائر الأموال في وجوب القضاء على الغائب.

---

(1) سبق تخريج هذا الأثر.
(2) في (ق): غيبة.
(3) في (ق): الغيب.

فصل [17. في كون حكم الحاكم لا يغير الشيء عن باطنه وحقيقته]

حكم الحاكم لا يغير الشيء عن باطنه عما هو عليه ولا يحيله عن حقيقته، ولا فرق في ذلك بين ما يملك الحاكم ابتداؤه وبين ما لا يملكه في أن حكمه إذا كان عن سبب غير صحيح لم ينفذ في الباطن:

ومثال ذلك أن يدعي رجل على أجنبية أنها زوجته ويقيم على ذلك شاهدي زور فيشهدان فيحكم الحاكم بشهادتهما، هذا حكم لا يصح في الباطن ولا يحل المرأة له، فإن وطئها مع علمه فهو زان..

وكذلك لو ادعت امرأة على رجل أنه طلقها ثلاثاً وشهد بذلك شاهدا زور فحَكَم الحاكم بالفرقة فإنها لا تطلق عندنا وتكون المرأة على حالها، ولا يجوز لها أن تزوج بذلك الحكم، ولا لأحد الشاهدين أن يتزوجها، هذا وما أشبه من نظائره[1]، وقال أبو حنيفة في هذه المسألة إن حكم الحاكم يزيل الشيء عن حقيقته في الباطن[2].

ففي المسألة الأولى إذا حكم له الحاكم بالزوجية جاز له أن يطأها وتصير زوجته عند الله تعالى، وقال في المسألة الثانية: أنها تصير مطلقة بحكم الحاكم بشهادة الوزر بطلاقها ويجوز لها أن تتزوج ويجوز لأحد شاهدي الزور أن يتزوجها وهو يعلم أن الزوج لم يطلقها، وإن حكم الحاكم بطلاقها وإنما كان عن شهادة الكذب، وقال في نوع آخر وهو أن يدعي على ذات محرم أنها زوجته وشهد له لذلك شاهدا زور أن الحكم لا ينفذ في الباطن ولا يتكون زوجته، وكذلك إذا أقام شاهدي زور في دعوى مال[3] فحكم له الحاكم فإنه لا ينفذ، وفصّلوا بين الموضعين بأن لكل موضع جاز أن يكون للحاكم

---

(1) انظر: التفريع: (2/241-242)، الرسالة: (247)، الكافي: (475).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (350).
(3) في (ق): الحاكم.

في ابتداء فعله ولاية نفذ حكمه فيه ظاهراً وباطناً، وكل موضع لا ولاية له في ابتداء فعله لم ينفذ حكمه إلا في الظاهر دون الباطن، قالوا فالأول مثل ما قدمناه في ادعاء الزوجية والطلاق: وإنما نفذ حكمه في الظاهر والباطن؛ لأن للحاكم ولاية عقد النكاح وفي أن يطلق على غيره..

ومثال الثاني ادعاء زوجية ذوات المحارم وادعاء مال؛ لأن الحاكم لا ولاية له في تزويج ذوات[1] المحارم ولا في نقل الأموال، وكذلك لو ادعى رجل على أنه قتل ولياً له وأقام شاهدي زور فحكم الحاكم بالقود لم يكن للمحكوم له أن يقتل؛ لأن الحاكم ليس له أن يبتدئ القتل.

فدليلنا قوله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[2] فحرم المحصنة وهي التي لها زوج إلا أن يملك الكوافر[3] بالسبي، وعند المخالف أن التي لها زوج تحل متى حكم الحاكم بشهادة زور أنها قد طلقت أو أن يقيم شهادة زور بتزويجه إياها، وقوله عزَّ وجلَّ: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ﴾[4] فعم، وعندهم أنها لا تحل[5] له أن يراجع نكاحها وإن لم يطلقها إذا حكم[6] الحاكم بشهادة زور أنه طلقها، وقوله ﷺ: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما استمع، فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"[7]، وهذا صريح[8] بأن

---

(1) في (ق): ذوات المحرم.
(2) سورة النساء، الآية: (24).
(3) في (ق): كالكوافر.
(4) سورة البقرة، الآية: (230).
(5) في (م): أنها تحل.
(6) في (م): إذا شهد.
(7) أخرجه البخاري في المظالم باب: إثم من خاصم في باطل: (101/3)، ومسلم الأقضية باب: الحكم بالظاهر: (1337/3).
(8) في (م): تصريح.

حكمه بها ليس بجائز للمحكوم له، ولا يحب له بسبب غير صحيح في الباطن فلم ينفذ الحكم له في الباطن، كادعاء زوجية ذوات المحارم والحكم بالمال؛ ولأنه حكم بشهادة زور فلم ينفذ في الباطن كالمال؛ ولأن كل شاهدين لو علم الحكم بحالهما لم (يجز له الحاكم بشهادتهما، فإذا حكم فيها مع الجهل بحالهما لم ينفذ)[1] حكمه في الباطن كالكافرين والعبدين.

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).

باب: في اشتراط العدالة في الشهادة

العدالة معتبرة في الشهادة، وشرط في قبولها والحكم بها، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[1]، وقوله ﷺ: "فإن شهد ذوا عدل فصوموا وأفطروا"[2]، وللاتفاق على أن شهادة الفاسق غير مقبولة، وقوله ﷺ لهلال بن أمية: "ألا أن يجلد هلال بن أمية، ويبطل شهادته في المسلمين"[3] يريد بخروجه عن العدالة بثبوت قذفه، ولا خلاف في ذلك[4].

فصل [1. في عدم اكتفاء الحاكم من العدالة بظاهر الإسلام]

لا يجوز للحاكم أن يكتفي من العدالة بظاهر الإسلام دون البحث عن حالها والسؤال عن طرائقها والعلم بعدالتهما[5]، وقال أبو حنيفة يكفيها ظاهر إسلامها ويحكم بشهادتهما، ولا يلزمه البحث عن عدالتهما إلا أن يجرحهما الخصم[6]: ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[7]، يعني من المسلمين فعلم أن العدالة معنى زائد على العلم بالإسلام، وقوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[8] والرضا لا يكون إلا بعد البحث عن حاله[9]، ولا يكفي في ذلك العلم بصحة اعتقاده؛ لأن (أفعاله قد تكون

---

(1) سورة الطلاق، الآية: 2.
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) انظر بداية المجتهد- مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (640/8)، شرح مسلم- للنووي: (150/1)، المغني: (164/9)، فتح الباري: (211/5).
(5) انظر المدونة: (79/4)، التفريع: (238/2)، الرسالة: (246)، الكافي: (461).
(6) انظر: مختصر الطحاوي: (366)، مختصر القدروي – مع شرح الميداني: (61/4).
(7) سورة الطلاق، الآية: 2.
(8) سورة البقرة، الآية: 282.
(9) في (ق): عن ذلك.

مخالفة لما يوجب اعتقاده)[1]، وروي عن عمر- رضي الله عنه- أن رجلين شهدا عنده فقال: لا أعرفكما ولا يضركما ألا أعرفكما جيئاني برجل يعرفكما فجاءاه برجل فقال أتعرفهما؟ قال: نعم، قال: أكنت معهما في السفر الذي يكشف أخلاق الناس قال: لا، قال: أفأنت جارهما تعرف صباحهما ومساءهما، قال: لا، قال: أعاملتهما بالدنانير والدراهم التي تتقطع بهما الأرحام، قال: لا، قال: يا ابن أخي، ما تعرفهما جيئاني بمن يعرفكما[2]، وهذا قوله بحضرة المهاجرين والأنصار والصحابة ولم ينقل عن أحد خلافه؛ ولأن العدالة أمر مشروط في الشهادة يمكن اعتبار باطنه فلم يجز أن يحكم بظاهره، أصله دار الإسلام؛ لأن ظاهر الدار الإسلام، ولأنها شهادة يتعلق بها حكم الحاكم فلا يكفي فيها بظاهر الإسلام، أصله إذا كان في قتل، أو حد.

فصل [2. في صفة العدل]

صفة العدل الجائز الشهادة[3]: أن يكون بالغا عاقلاً حرا مسلما ثقة أمينا غير فاسق بفجور ولا كذب، متيقظا غير غافل، فطناً ضابطاً عارفاً بالشهادات، وصفة تحملها التي يجوز معها إقامتها متحرزاً من الحيل التي تم على من قل تيقظه[4] من الشهود بعيدا عن التهمة بالشره ودناءة النفس، حافظاً لمروءته، ليس بينه وبين المشهود له أو عليه التهمة معه من بمحبة إيصال نفع إليه، أو دفع ضرر عنه أو ضد ذلك من إلحاق ضرر به، ولا في الشهادة بذلك النوع المشهود فيه مما يوجب من التهمة ما قدمناه.

---

(1) ما بين قوسين: سقط من (م).
(2) أخرجه البيهقي: (197/10).
(3) انظر الموطأ: (720/2)، المدونة: (79/4)، التفريع: (238/2-239)، الرسالة: (246)، الكافي: (461-462).
(4) في ق: تحفظه.

والتهمة المراعاة في الشهادات تكون في ثلاثة مواضع: في المشهود له، والمشهود عليه، والشيء المشهود به:

وتفصيل هذه الجملة: أن الولد لا تقبل شهادته لوالديه ولا لأجداده وجداته من قرب منهم أو بعد، وكذلك الوالدان والأجداد للولد، وولد الولد وإن سفلوا ذكورهم وإناثهم، والوارث منهم وغير الوارث، وكذلك شهادة أحد الزوجين لصاحبه والسيد لعبده، وشهادة من له دين على مفلس بحق له على آخر، وشهادة الوصي لمن يلي عليه، وفي شهادته عليهم روايتان:

إحداهما الجواز والأخرى المنع، ومن عدى الوالدين والمولودين من سائر القربات جائز شهادتهم لأقاربهم كالأخ والعم وولدهم[1] إلا أن تعرض تهمة من دفع عار، أو إثبات ولاء للشاهد، أو نسب أو أن يكون في عياله، أو تناله صلته أو معرفة، وما أشبه فيمنع فيه دون سائر الحقوق.

ولا تقبل شهادة الصديق الملاطف ولا السؤَّال[2] المتكففين للناس.

وأما التهمة في المشهود عليه فشهادة العدو على عدوه، والشهادة بجرح من شهد على أبيه[3] وأخيه أو ببعض من لا تجوز له شهادته كجد فإن هذا يتهم بدفع العار عنهم بشهادته..

وشهادة الخصم لا تقبل مثل: أن يشهد بجرح من يشهد عليه بزنا أو قتل أو حق سائر الحقوق، وكل من منع الشهادة له فشاهدته عليه جائزة مقبولة[4]، وكل من لم تقبل شهادته عليه فشهادته له مقبولة.

---

(1) وولدهم: سقطت من ق.
(2) قال صاحب التفريع: ولا تجوز شهادة السؤال الذين يطلبون صلة الناس ومعروفهم (التفريع: 236/2).
(3) في م: ابنه.
(4) في م: غير مقبولة، وهو غلط.

وأما التهمة في الشهادة والشيء المشهود به فمثل شهادة البدوي على الحضري[1] في الحقوق الممكن الإشهاد عليها في الحضر دون القتل والجراح، ومما لا يمكن تعمد الإشهاد عليه ومثل شهادة ولد الزنا وشبهه، وفي شهادة التائب من كبيرة كان عليها أو تاب منها خلاف بين أصحابنا هل يقبل في ذلك النوع أم لا؟ ومثل شهادة الكافر بعد إسلامه والصبي بعد بلوغه والفاسق بعد عدالته والعبد بعد عتقه فيما كانوا يشهدوا به فردت شهادتهم فيه؛ (لأنهم يتهمون على دفع العار عنهم بقبول ما ردت شهادتهم فيه)[2].

وإذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وما لا تهمة فيه ردت في الجميع ولم تقبل فيما لا تهمة فيه، وإن جمعت بين ما ترد لغيره التهمة وبين ما لا ترد فيه قبلت فيما لا ترد وردت فيما لا تقبل فيه:

ومثال الأول: أن يشهد بشهادة لنفسه ولأجنبي، أو يشهد اثنان كل واحد منهما لصاحبه بكتاب واحد أو يشهد بحق واحد لأبيه[3] ولأجنبي فلا تقبل في الجميع، وإذا شهد بالوصية له فيها شيء فإن كان ذا بال لم تقبل أصلاً، وإن كان يسيراً لا خطب له ولا تسبق التهمة إليه أن يكون شهد لأجلها فيها ثلاث روايات:

إحداها: قبول الشهادة في الجميع، والأخرى: ردها في الجميع، والثالثة: ردها فيما له بال وقبولها فيما ليس له بال..

ومثال الثاني: أن يشهد النساء بوصية فيها مال وعتق، أو يشهدان بطلاق ودين بشهادة واحدة فيقبلن في الدين دون الطلاق.

---

(1) في ق: القروى.
(2) ما بين قوسين سقط من م.
(3) في م: لابنه.

وتقبل شهادة القاذف ما لم يجلد، فإذا (جلد لم تقبل إلا أن يتوب، وإذا تاب شاهد الزور وعرفت توبته قبلت شهادته)[1]، وقال عبد الملك إن كانت حاله في الظاهر كحال مالك بن أنس والعمري[2] فلا تقبل شهادته من بعد؛ لأنه لا يستطيع زيادة على ما كان يظهر منه، وإن كان دونهما جازت شهادته بعد توبته إذا ظهر منه من حسن الحال زيادة على ما كان يعرف منه.

فصل [3. في اشتراط البلوغ في العدالة]

أما اشتراط البلوغ فلأن العدالة من صفات التكليف فهي تتضمن البلوغ، وقد قال النبي ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث: فذكر الصبي حتى يحتلم"[3]، والبلوغ مشترط في كل الشهادات إلا في موضع ضرورة خرج عن القياس فأجريت كشهادة من يعقل الشهادة من الصبيان فيه للضرورة على أوصاف نذكرها، ومنعت في كل موضع سواه فلا يجب أن يعترض به على الأصل، ونحن نبينه.

فصل [4. في شروط قبول شهادة الصبيان]

شهادة الصبيان تقبل في الجراح والقتل على شروط تسعة[4]:

أحدها: أن يكونوا ممن يعقلون الشهادة.

والثاني: أن يكونوا ذكوراً.

والثالث: أن يكونوا أحراراً.

والرابع: أن يكونوا مسلمين.

---

(1) ما بين قوسين سقط من م.

(2) **العمري:** الإمام القدوة أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد العزيز بن عبد الله بن صاحب الرسول الله ﷺ عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي العمري المدني، روى عن أبيه وعن أبي طوالة وعنه: ابن عينة وابن المبارك وغيرهم (ت 184هـ) (شذرات الذهب: 306/1 سير أعلام النبلاء: 373/8).

(3) سبق تخريج الحديث.

(4) انظر الموطأ: (762/2)، المدونة: (80/4)، التفريع: (237/2)، الرسالة: (246).

والخامس: أن يكون ذلك في قتل أو جرح، وبعض أصحابنا يقول: تكون في الجراح دون القتل.

والسادس: أن يكون ذلك فيما بينهم خاصة لا لصبي على بالغ ولا لبالغ على صبي.

والسابع: أن يكون ذلك قبل أن يفترقوا ويغيبوا.

والثامن: أن تتفق شهادتهم ولا تختلف.

والتاسع: أن يكون من شهد منهم اثنان فصاعدا.

وعند أبي حنيفة والشافعي لا تقبل على وجه[1]، ونحن نتكلم على جواز قبولهما في الجملة، ثم ندل على وجوب اعتبار ما ذكرناه من الشروط فيها.

فصل [5. في الدليل على قبول شهادة الصبيان على الصفة المشترطة]

ودليلنا على قبولها على الصفة المشترطة فيها أن ذلك إجماع الصحابة؛ لأنه مروي عن علي وابن الزبير ومعاوية- رضي الله عنهم- ولا مخالف لهم، وروي أن علياً- رضوان الله عليه- كان يأخذ بأولى شهادة الصبيان[2]، وروى مالك عن هشام[3] بن عروة عن أبيه أن ابن الزبير كان يجيز شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح[4]، وروى قتادة أن معاوية كان يجيز شهادة بعضهم على بعض ما لم يدخلوا البيوت فيعلموا[5]، ولا مخالف لهم، ولأن الضرورة تدعوا إلى قبولها لأنا لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى أمور ممنوعة، وذلك أنا قد ندبنا إلى تدريبهم[6] على الحرب وتعليمهم الرمي والصراع واستعمال السلاح للحاجة إلى الجهاد وأن ذلك مما يجب أن يلزموا[7] عليه وبالقوة من الصغر

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (335)، مختصر المزني: (305).

(2) عبد الرزاق: (8/350-351)، كنز العمال: (7/25)، المحلى: (10/614)-615).

(3) عن هشام: سقطت من ق.

(4) الموطأ: (2/726)، البيهقي: (10/162).

(5) انظر: المحلى: (10/614).

(6) في (ق) و(ر): تضربهم.

(7) في (ق): يضربوا وفي (ر): أن يترابوا.

لينشؤوا عليه ويألفوه ومعلوم أنه لابد أن يخلوا بنفوسهم لما يتعاطونه[1] من ذلك ولا سيما العرب فإن ذلك لها مع أولادها عادة قد طبعوا عليها ولو انتظر إلى أن يشهدوا[2] أمورهم كبيرا يكون معهم لضاق عليهم؛ لأنه لهم عادة في كل وقت ركوب الخيل وما جرى مجراه وهم من الجنس المحقون دماهم وكانت الجراح والدماء قد غلظ أمرها وشدد الأمر في حفظها بما زادت[3] على سائر الحقوق فقبلت فيها الأيمان مع اللوث، وليس في ذلك في عيرها حياطة لها ومعلوم أنهم إذا اجتمعوا جاز أن يكون بينهم الجراح التي ربما أدت إلى القتل أو إلى ما دونه فلو لم تقبل شهادتهم لأدى إلى أشياء ممنوعة:

إما إلى أن لا يجوز لهم التعليم إلى أن يبلغوا وذلك خلاف الإجماع، أو إلى ألا يمكنوا من الرمي، ولا علاج بسيف أو رمح إلا إذا كان معهم شهود عدول، وهذا أيضاً معتذر ومؤدي[4] إلى أن يتعلموا إلى لا يفعلوا من ذلك ما يؤدي[5] جراح فهذا أيضاً غير منضبط ولا متأت لهم، أو إلى أن ذلك إن جرى أهدرت جراحهم ودماؤهم وهذاّ أيضاً خلاف الواجب؛ لأنه لا يجوز لنا أن نبيح لهم[6] ما يؤدي إلى هدر دمائهم و إضاعتها فلم يبق إلا ما قلناه وقد ألزمونا على هذا قبول شهادة العبيد، وقد احترزنا منهم بأنهم يجب أن يكونوا من أهل الشهادة بعد البلوغ، وألزمونا اجتماع النساء في الصنيع إذا جرى بينهم، من الجراح فأجبنا على ذلك قل ما يقع وما يفعلونه[7] من

(1) في (ق): يتعاوضونه.
(2) في (ق): أن تواسطوا.
(3) في (م): زيدت.
(4) في (م): وجزء.
(5) في (م): ما لا يؤدى.
(6) في (ق): نبيي حهم.
(7) في (م): وما تعلق.

ذلك منهى عنه، والتزمه[1] قوم من متأخري أصحابنا، وألزمونا المال فأجبنا عنه بأن الدماء لها حرمة فاحتيط لها ما لم يحتط لغيرها.

فصل [6. دليل اشتراط العقل في شهادة الصبيان]

فإذا ثبت وجوب قبولها في الجملة فإنما راعينا اعتبار العقل؛ لأن الغرض من قبول شهادتهم[2] أن يؤدوا إلينا[3] ما علموا من الحال الحادثة[4] التي يشهدون بها، وذلك لا يتأتى إلا من العاقل فكان شرطا معتبرا فيها.

فصل [7. دليل اشتراط الذكورية في شهادة الصبيان]

وإنما شرطنا الذكورية؛ لأن الإناث لا مدخل لهن في إثبات الدماء، وقد روي عن مالك جواز قبول شهادة الإناث الأحرار[5]، ووجه ذلك اعتبارهن بالبالغين في كونه لوثا في القسامة على إحدى الروايتين.

فصل [8. دليل اشتراط الحرية في شهادة الصبيان]

وإنما شرطنا الأحرار؛ لأن العبيد لا مدخل بجنسهم في الشهادة أصلاً، ولا يلطخ بها في دم.

فصل [9. دليل اشتراط الإسلام في شهادة الصبيان]

وإنما شرطنا الإسلام؛ لأن البالغين من الكفار لا تقبل شهادتهم فالأصاغر أولى.

فصل [10. دليل شهادة الصبيان في جرح أو قتل]

وإنما شرطنا أن يكون ذلك في جرح أو قتل لحرمة الدماء ووجوب حفظها وعدم الضرورة في ذلك إلى غيرها، ووجه قول من يفرق بين الجراح والقتل

---

(1) في (ق): والزمه.
(2) في (م): الشهادة.
(3) في (ق): النساء.
(4) في (ق): الجارية.
(5) انظر المدونة: (83/4)، التفريع: (238/2)، الكافي: (740).

من أصحابنا أن القتل أغلظ أمراً من الجراح بدليل أن القسامة فيه دون الجراح وشهادة الصبيان ضعيفة فوجب قصرها على أضعف الأمرين، والصحيح التسوية بينهما؛ لأنها ليس الواجب بها قتل، وإنما الواجب بها مال فلا معنى للتفريق بينهما.

فصل [11. في اشتراط قبول شهادة الصبيان قبل التفريق]

وإنما شرطنا أن يكون ذلك قبل التفرق؛ لأن الغالب من حالهم أن يخبرون بالصدق إذا بدهوا ويؤدون الأمر على ما جرى عليهم ، وأنهم إذا تفرقوا غيبوا ولقنوا وتعلموا بالكذب، وقد روي هذا المعنى عمن أجاز شهادتهم من الصحابة.

فصل [12. اشتراط اتفاق شهادة الصبيان]

وإنما شرطنا أن يكون ما يؤدونه متفقا؛ لأن الغرض من قبول قولهم أن يغلب على الظن صدقهم فيما يخبرون بموضع اختلاف أقوالهم وتناقضها مما يغلب على الظن كذبهم وتعلمهم وإخبارهم عن الأمر بخلاف ما هو عليه فلم يقبل.

فصل [13. اشتراط كون عددهم اثنان]

وإنما شرطنا أن يكون عددهم اثنين؛ لأن شهادة واحد غير مقبولة في البالغين ففي الأصاغر أولى، فإذا ثبت ما ذكرناه عدنا إلى تفصيل أصل المسألة.

فصل [14. في اشتراط العقل في الشهود

وإنما شرطنا العقل؛ لقوله تعالى: ﴿ شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا ﴾[1]، وقوله: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾[2] والمجنون غير مرضي ولا عِلْم له بما شهد به،

---

(1) سورة يوسف، الآية: 81.

(2) سورة البقرة، الآية: 282.

وقوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاث: فذكر المجنون"[1]، وذلك يفيد أنه لا حكم لقوله، ولا خلاف في ذلك[2].

فصل [15. في اشتراط كون شهادة الصبيان فيما بينهم]

وإنما شرطنا أن يكون ذلك فيما بينهم؛ لأن الكبير لا ضرورة به إلى مخالطة الصبيان فكان قولهم يسقط مع مشاهدة الكبار، ولأن القياس يمنع قبول شهادتهم، وإنما أجيزت للضرورة فيجب قصرها على قدر ما دل عليه الدليل.

فصل [16. في اشتراط الحرية في الشهادة]

وإنما شرطنا الحرية، خلافا لداود في قوله: إن شهادة العبد مقبولة لسيده ولغيره[3]؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[4] وهذه الإضافة تفيد الحرية دون الإسلام؛ لأن غير المسلم ليس بعدل، ولأنه نوع من نقص يمنع الميراث بينه وبين الأحرار فوجب أن يمنع قبول الشهادة كالكفر، ولأن الشهادة مبنية على التفاضل والكمال وكل ما هذه سبيله فلا مدخل للعبد فيه كالرجم.

فصل [17. في اشتراط الإسلام في الشهادة]

وإنما شرطنا الإسلام خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن شهادة الكفار مقبولة على أهل ملتهم وعن سائر أنواع الكفر[5]؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾[6] ولا تخلو هذه الإضافة أن تكون إلى الدين أو

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) بداية المجتهد- مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (640/8)، شرح مسلم للنووي: (150/1)، المغني: (164/9)، فتح الباري: (211/5).
(3) انظر المحلى: (598/10).
(4) سورة الطلاق، الآية: 2.
(5) انظر مختصر الطحاوي: (335)/، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (63/4).
(6) سورة البقرة، الآية: 282.

الحرية أو النسب وأي ذلك فالكافر لا مدخل له فيه والنسب غير معتبر باتفاق؛ ولأن كل من لا تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم كالفاسق الملِّي[1]؛ ولأنه فاسق بفعله كالملِّي؛ ولأن فسق المسلم أدون منه، وشهادته غير مقبولة فشهادة الكافر أولى.

فصل [18. اشتراط الثقة في الشاهد]

وإنما شرطنا أن يكون ثقة؛ لأن ذلك من صفات العدالة، لأن الكذاب والخائن فاسقان غير عدليين ولا مرضيين، فلم يجز قبول شهادتهما.

فصل [19. اشتراط الأمانة في الشاهد]

وإنما شرطنا الأمانة لأن ضدها الخيانة وذلك فسوق[2]، والخائن غير عدل ولا مرضي، وإنما شرطنا نفي الفجور والكذب؛ لأن ذلك من ضروب الفسق الذي هي أبلغ ما يفسق به الفاسق، ولا خلاف في ذلك[3].

فصل [20. اشتراط الضبط والفطنة والتحرز في الشاهد]

وإنما شرطنا الضبط والفطنة والتحرز؛ لأنه ما لم يكن كذلك تمت عليه حيلة الخصم فلا يؤمن أن يشهد بالزور والكذب؛ فإذا كان متحرزاً متيقظاً[4] أمن عليه ذلك وأدى الشهادة سليمة مما يخاف عليه من الزلة فيها، ولذلك أصل في الشهادات وهو جعل امرأتين بإزاء شهادة[5] واحد من الرجال؛ لأن الغالب من شأن النساء السهو وقلة التحصيل؛ ولذلك قال ﷺ: "إنكن ناقصات عقل ودين"[6]، وذكر في نقصان العقل أن شهادة امرأتين مقام شهادة رجل فيتم عليها حيلة لا يؤمن معها أن تؤدي الشهادة

(1) في م: الولى.
(2) في م: فسق.
(3) انظر المغني: (164/9)، فتح الباري: (211/5).
(4) في ق: م نتقظا.
(5) في م: شاهد.
(6) سبق تخريج الحديث.

على خلاف ما هي عليه، فضممنا إليها أخرى لأن ذلك يبعد عن الجماعة ويؤمن فيها غالباً، وكل هذا يدل على وجوب ما وعيناه في الشهود.

فصل [21. اشتراط كون الشاهد عارفا بالشهادات]

وإنما شرطنا أن يكون عارفاً بالشهادات ووجه تحملها؛ لأنه متى لم يكن كذلك لم يكن مرضياً، وقد شرط الله تعالى الرضا في قبول الشهادة والجاهل ليس بمرضي، وليس يكفي في ذلك أن يكون من أهل الدين دون أن يضاف إليه العمل لما يشهد به ومعرفة آداء الشهادات، ولأنه إذا كان غير عارف بكيفية تحملها لم يؤمن أن يؤديها على الوجه الممنوع قبولها معه فلم يجز.

فصل [22. اشتراط بعد الشاهد عن الشره ودناءة النفس]

وإنما شرطنا بعده عن الشره ودناءة النفس[1]؛ لأنه إذا كان معروفاً بذلك سقطت مروءته وسبقت الظنة إليه وتسرع إليه التهم أنه إنما يشهد لشيء يعطى لهن وذلك قادح في العدالة والدين مزيغ[2] الصدق والأمانة فوجب حسم الباب: بانتفائه عن الشاهد.

فصل [23. اشتراط حفظ المروءة في الشاهد]

وإنما شرطنا الحفظ للمروءة؛ لأن من لا يحفظ مروءته ويراعيها ليس بمرضي؛ لأنه إذا أهملها دلَّ ذلك منه على إهماله دينه وقلة مراعاة ما يلزمه من حق الله، وسبقت الظِّنة وقدح ذلك في عدالته، وإنما شرطنا نفي التهمة في الجملة لقول ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين[3]، ولا جار

(1) في م: والدناءة.
(2) في ق: مؤمن وفي م: موقع.
(3) **ظنين**: أي متهم (المصباح المنير: 387).

لنفسه"[1]، وروي: "لا تقبل شهادة ذي ظنة"[2]؛ ولأن ذلك لو جاز[3] لقبلت شهادة الإنسان لنفسه ولم يحتج إلى غيره، فإذا كان غيره يتهم له جرى مجرى شهادته لنفسه.

فصل [234. في منع قبول شهادة الولد لوالديه، وشهادتهما له]

ونتكلم على التفصيل لهذه الجملة على ما قدمناه، وإنما منعنا من قبول شهادة الولد لوالديه وشهادتهما له خلافاً لداود في إجازته ذلك[4] لقوله ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين"[5] والظِّنة موجودة ها هنا؛ لأنه معلوم بالطبائع[6] أن الابن يحب نفع أبيه والأب يحب إيصال المنفعة إلى ابنه ورفع الضرر عنه، ويؤثر ذلك على منفعة نفسه فضلاً من غيره فربما دعاه ذلك إلى أن يشهد له في الزور، ويركب كل محظور في تخليصه من ضرر يقع فيه أو إيصال نفع إليه، (وقد قال تعالى: ﴿وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي﴾[7])، وقد قال ﷺ: "فاطمة بضعة مني يريبني ما يريبها"[8].

فصل [25. في منع قبول شهادة سائر الوالدين والمولودين]

وإنما أجرينا سائر الوالدين والمولودين من بعد منهم مجرى من قرب للاتفاق على ألا فرق بينهما في ذلك؛ لأن عمود الولادة يجمعهم؛ ولأن

---

(1) أخرجه أبو داود في المراسيل والبيهقي: (201/10)، وأخرجه مالك موقوفاً على عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (720/2)، وله طرق يقوي بعضها بعضا (انظر تلخيص الحبير: 203/4).
(2) أخرجه البيهقي: (201/10)، والحاكم: (99/4)، وقال صحيح على شرط مسلم واقره الذهبي.
(3) في ق: لو كان.
(4) أجاز أحمد في إحدى الروايتين عنه قبول شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له، وروى عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة، وروى ذلك عن داود وشريح، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور وغيرهم (انظر المغني: 191/9).
(5) سبق تخريج الحديث قريباً.
(6) في م: بالطباع.
(7) سورة الأحقاف، الآية: 15.
(8) أخرجه البخاري في فضائل الصحابة، باب: مناقب فاطمة: (219/4)، ومسلم في فضائل الصحبة، باب: فضائل فاطمة: (1902/4).

التهمة قائمة في الجنس لا تخصص ببعض منه وإن كانت في الأقرب[1] أكثر.

فصل [26. في منع شهادة أحد الزوجين للآخر]

وإنما منعنا من قبول[2] شهادة أحد الزوجين للآخر خلافا للشافعي[3] لقوله ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين"[4] والظنين المتهم والتهمة حاصلة بين الزوجين في غالب الطباع، ودليل ذلك الشرع والعادة:

أما الشرع فقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[5] فأخبر تبارك وتعالى أن الزوجية سبب لسكون نفس كل واحد منهما إلى الآخر وإنه طبعهم على التحابب[6] والتودد والحنو[7] والرأفة[8] ونبه على تأكيد ذلك بقوله ﴿ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا ﴾[9] وقوله: ﴿ مِنْ أَزْوَٰجِكُمْ وَأَوْلَـٰدِكُمْ عَدُوًّا لَّكُمْ ﴾[10] فجعل هذين الجنسين غاية ومثلا يستطرق وقوع العداوة من مثلها؛ لأنهما الغاية في المحبة والعطف التي لا زيادة فوقها فدل ذلك على قوة التهمة وتأكيدها.

وأما العادة فالعلم بأن الإنسان يحب نفع زوجته ويهوى هواها[11] ويكره ضررها؛ حتى أنه يغضب لها أهله وأقاربه، وينتفع بما لها ويتبسط فيه ويتجمل

---

(1) في م: الأقارب.
(2) من قبول: سقطت من م.
(3) انظر المهذب: (331/2).
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) سورة الروم، الآية: 21.
(6) في م: الحنة.
(7) في م: التجبب.
(8) في م: الرقة.
(9) سورة الروم، الآية: 21.
(10) سورة التغابن، الآية: 14.
(11) في ق: يهواها.

به، وأنه ينتهي في محبتها والميل إليها إلى حد تقوى معه التهمة، وإذا صح ذلك كانت التهمة مانعة من قبول شهادة أحدهما للآخر كالأب والابن ونحوه قياساً، فنقول: لأنها شهادة تقوِّي التهمة وأسبابها من الشاهد والمشهود له فكانت مردودة أصله شهادة الأب لابنه، ولأنها شهادة يجر بها الشاهد نفعاً إلى نفسه فلم تقبل كشهادته لنفسه ولغريمه.

فصل [27. في منع شهادة السيد لعبده]

وأما شهادة السيد لعبده فإنها أدخل في المنع من جميع ما ذكرناه[1]؛ لأن التهمة قائمة فيها إن شهد فيها بغير مال على مثل تزويج أو رجعة أو ما أشبه ذلك، وإن شهد بمال كانت شهادته لنفسه لأنه يملك عبده وماله.

فصل [28. في منع شهادة الغريم لغريمه]

فأما شهادة الغريم لغريمه المفلس[2] فلأنه متهم فيه أيضاً أن يكون إنما شهد له أن يصل المال إليه، فيكون كأنه شهد لنفسه فلم يقبل؛ ولأنه خصم وقد قال ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين".

فصل [29. في منع شهادة الوصي لمن يلي عليه]

وإنما منعنا شهادة الوصي لمن يلي عليه[3]؛ لأنه يجر بها إلى نفسه نفعاً وهو جواز تصرفه في المال وكونه في قبضه لحق ولايته.

ووجه قوله إن شهادته عليهم تقبل لانتفاء التهمة عنهم فيها بخلاف الشهادة لهم؛ لأنه يخرج عن يده ما لا يقطع حق ولايته فيه؛ ولأن كل من لم تقبل شهادة إنسان له قبلت عليه كالأب والابن.

---

(1) انظر التفريع: (236/2).
(2) انظر التفريع: (362/2).
(3) انظر التفريع: (236/2)، الكافي: (461).

ووجه قوله إنها تقبل اعتباراً بالشهادة لهم؛ لأنها شهادة في حق لوليه[1] بولاية؛ لأن التهمة قائمة في الموضعين لأنهم[2] يخرج عنهم مالاً بقوله ولزمه بحق الولاية حفظه.

فصل [30. في إجازة شهادة سائر القرابة عدى من ذكرناه]

وإنما أجزنا شهادة سائر القرابة عدى من ذكرنا؛ لأن التهمة تضعف فيها ولا تقوى قوتها في الولادة الزوجية.

وإنما منعناها إذا كان في عيال من يشهد له؛ لأن التهمة تقوى فيها فيمتنع قبولها.

وكذلك في دفع العار مثل أن يقذف أخوه رجلا ويشهد هو وثلاثة على المقذوف بأنه زنى فلا يقبل؛ لأنه بشهادته يدفع العار عن أخيه؛ لأن عاره ينجر إليه، وكذلك لو قذف أخاه رجل وأتى بأربعة شهداء أنه زنى ثم شهد هذا الأخ بجرحهم[3] (فلا يقبل لأنه متهم بالجرح)[4] أن يريد دفع العار عن أخيه.

فصل [31. في منع الصديق الملاطف]

وإنما منعنا قبول شهادة الصديق إذا كانت تناله الصلة والمعروف خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5]؛ لقوة التهمة لأنه معلوم أنه من بينه وبين غيره صداقة ومودة فإنه يبره ويصله وأنه يحب جر النفع إليه ودفع الضرر عنه فردت شهادته له.

---

(1) في ق: تولية.
(2) في م: لأنه.
(3) في م: بالجرح.
(4) ما بين قوسين سقط من م.
(5) انظر شرح فتح القدير: (31/6)، المهذب: (330/2-331).

وعلى نحو من ذلك شهادة السُؤَّال بل الرد[1] فيهم أولى؛ لأن الصداقة قد تكون معها البر وقد لا يكون، والسؤال أمرهم مبني على التماس البر من أدنى وجوهه.

فصل [32. في منع شهادة العدو على عدوه]

ولمثل ذلك منعنا شهادة العدو على عدوه[2] خلافاً لأبي حنيفة[3]؛ لأن الطباع تقضي أن العدو يحب ضرر عدوه وإذايته، ويتهم بإدخال الضرر عليه بشهادته عليه فمنعناها لأجل ذلك كما منعناه في الصديق لقضائها بضد ما تقضي به في العدو والتهمة قائمة في الموضعين.

وتحريره أن يقال: بأن بينهما تهمة غالبة في الطباع فكانت مؤثرة في رد الشهادة كالتهمة بين الأب والابن على أن نص الخبر شاهد لنا، وهو قوله ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين، ولا ذي غمر على أخيه"[4].

فصل [33. في منع شهادته لجرح من شهد عليه بحق أو حد]

وإنما منعنا قبول شهادته لجرح من شهد عليه بحق أو حد؛ لأنه خصم في ذلك، وقد قال ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم"[5].

فصل [34. في من منعت شهادته له قبلت عليه]

وإنما قلنا: من منع شهادته (له قبلت عليه، ومن منع شهادته عليه قبلت له)[6]؛لأن التهمة توجد في أحد الموضعين وتنتفي من الآخر فحيث توجد منعناها، وحيث تنتفي نجيزها؛ لأنها هي العلة المؤثرة.

---

(1) في ق: الرب.
(2) انظر: التفريع: (235/2)، الكافي: (462).
(3) انظر: شرح فتح القدير: (166/4)، حاشية عابدين: (300/4).
(4) سبق تخرج الحديث.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) ما بين قوسين سقط من ق.

فصل [35. في منع شهادة البدوي على القروي]

وإنما منعنا شهادة البدوي على القروي في الحقوق التي يمكن التوثق فيها بإشهاد الحاضر[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]؛ لقوله ﷺ: "لا تقبل شهادة بدوي على قروي"[3]، وروي "على صاحب قرية"[4]؛ ولأن التهمة تقوى في هذه الشهادة؛ لأن الناس لا يتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلدهم ويستشهدون بالأباعد وأهل البدو[5] إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من الحضر لا يشهدون في ذلك فيعدلون إلى من لا يعرفه، ولذلك قلنا: إنها تقبل في الجراح وفيما يتفق من الحقوق في البادية التي يخاف فواتها والتجاحد إن وقف عليها الحصول في الحضر لانتفاء التهمة فيها.

فصل [36. في عدم قبول شهادة ولد الزنا]

وإنما قلنا: إن شهادة ولد الزنا لا تقبل في الزنا خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لقوله ﷺ: "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين"[7]، والظنة ها هنا موجودة؛ لأنه يحب أن يكون غيره مشاركاً له في المعرة، والعادة تقضي بذلك؛ لأن كل معرور[8] بأمر لازم لا يفارقه يحب أن يكون غيره مثله [9]، ولو أمكنه لا يبقى أحد إلا يكون مثل حاله لأحب ذلك لئلا ينفرد بالعار فيكون في مشاركة غيره له سلوة ، وقد نبه الله تعالى على هذا المعنى بقوله:

---

(1) ق: الحاضره.
(2) انظر: شرح فتح القدير: (40/6)، الإقناع: (203).
(3) أخرجه أبو داود في الأقضية، بابك شهادة البدوي على أهل الأمصار: (26/4)، وابن ماجة في الأحكام، باب: من لا تجوز شهادته: (793/2)، والبيهقي: (250/10)، والحاكم: (99/4)، وقال الذهبي: هو حديث منكر على نظافة إسناده (انظر تلخيص المستدرك: 99/4).
(4) في رواية البيهقي: (250/10).
(5) في م: البلد.
(6) انظر: شرح فتح القدير: (46/6)، الإقناع: (203).
(7) سبق تخريج الحديث.
(8) معرور: من به عرة أو معرة وهي الفضيحة (انظر المنير: 401).
(9) في م: مشاركاً له.

﴿ وَلَن يَنفَعَكُمُ ٱلۡيَوۡمَ إِذ ظَّلَمۡتُمۡ أَنَّكُمۡ فِي ٱلۡعَذَابِ مُشۡتَرِكُونَ ﴾[1] معناه لما كنتم تعتقدون في الدنيا من المشاركة في الشدة يحدث معها السلوة لمن هو فيها غير خالصة[2] لكم، ونحو ذلك روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين[3]، فأخبر أن ذلك طبع في الناس أن المعرور يحب أن يشاركه كل واحد في معرته، ليقل من يعيِّره بذلك وإذا صح قوة التهمة في هذه الشهادة بما ذكرناه وجب ردها.

فصل [37]. في شهادة من كان على كبيرة]

وأما من كان على كبيرة مثل الزنا وشرب الخمر[4] وغيره فتاب منها، فوجه القول أن شهادته لا تقبل في مثل ذلك الشيء اعتباره بمسألتنا بعلة أنه معنى يلحق به العار فاتهم بمشاركة غيره له في المعرته.

ووجه القول بأنها تقبل أن معرة هذه الأشياء تزول بالتوبة منها كالكافر يسلم ويفارق ولد الزنا؛ لأن معرته لا تزول فالتهمة لا تفارقه.

فصل [38]. في عدم قبول شهادة الفاسق والكافر والصبي والعبد بعد زوال العلل المناعة]

وإنما قلنا: في الفاسق والكافر والصبي والعبد إنهم إذا شهدوا بشهادة فردت ثم شهدوا بها بعد زوال العلل المانعة من قبول شهادتهم أنها لا تقبل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[5] فيمن عدا الفاسق للتهمة منهم أن يكونوا إنما شهدوا بها ليزول عنهم العار[6] بردها، واعتبارا بالفاسق؛ لأنهم موصوفون

---

(1) سورة الزخرف، الآية: 39.
(2) في ق: خاصلة.
(3) ذكره ابن قدامة في المغني: (196/9)، وشكك في نسبه ذلك لعثمان رضي الله عنه.
(4) في م: والشرب.
(5) انظر: مختصر الطحاوي: (333)، الإقناع: (201).
(6) في م: العادة.

بنقص ينافي العدالة فوجب إذا شهدوا حال وجود هذا النقص ثم زال أنهم إذا أعادوها لا تقبل كالفاسق.

فصل [39. إذا جمعت الشهادة ما فيه التهمة وبين ما لا تهمة فيه]

وإنما فرقنا بين أن تجمع الشهادة ما فيه التهمة وبين ما لا تهمة فيه أنه يرد الجميع وبين أن تجمع أنواعها تقبل شهادة ذلك[1] في بعضها ولا تقبل في البعض فقبلناها فيما تقبل فيه لأن في المسألة الأولى تقوى التهمة أن يكون إنما شهد بما لا يتهم فيه ليقبل فيما يتهم فيه وذلك كمن يشهد لابنه ولأجنبي بحق فإنما شهد للأجنبي؛ لأنها إذا قبلت في حقه قبلت في حق ابنه فردت في الجميع، وفي المسألة الأخرى لا تهمة فيه فوجب قبولها.

فصل [40. فيمن شهد في وصية له فيها شيء]

والصحيح من الروايات فيمن شهد في وصية[2] له فيها شيء ألا تقبل شهادته في حقه ولا في حق غيره[3]؛ لأن مع التهمة لا تتبعض الشهادة على ما ذكرناه.

فصل [41. في قبول شهادة القاذف ما لم يجلد]

وإنما قلنا: إن شهادة القاذف تقبل ما لم يجلد؛ لأنه على العدالة لا يثبت فسقه إلا بأن يثبت عليه بالبيِّنة فيجلد، فإذا جلد ثبت فسقه فلم تقبل شهادته لقوله عز وجل: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗا ﴾[4] وإنما أجزنا شهادته بعد

(1) في م: ذلك الشاهد.
(2) في ق: وصيته.
(3) انظر: المدونة: (82/4)، التفريع: (237/2)، الرسالة: (246).
(4) سورة النور، الآية: 4.

التوبة خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟ ﴾[2]، ولأن كل من ردت شهادته لفسق قبلت عند زوال فسقه اعتبارا بالزاني والسارق.

فصل [42. في قبول شهادة شاهد الزور بعد توبته]

وإنما قلنا: في شاهد الزور: إن شهادته تقبل إذا تاب؛ لأنه فسقه يزول بالتوبة فأشبه شارب الخمر وغيره من الفساق إذا تابوا، وعبد الملك أجراه مجرى الزنديق؛ لأنه إذا كان في الظاهر كمالك بن أنس والعمرى فإنه لا يوصل إلى توبته وإلى العلم بها؛ لأنه لا يقدر أن يزيد على ما كان عليه، وقد كان بتلك الصفة وهو فاسق فشكل حاله.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (332)، مختصر القدوري: (60/4).
(2) سورة النور، الآية: 5.

باب: في التزكية

القدر الذي يلزم في التزكية: أن يشهد الشاهد لمن يزكيانه أنه عدل رضي، ولا يكفي أحد الوصفين عن الآخر، ولا يكفي من ذلك أن يقول: لا أعلم له زلة ولا جريمة[1]، ولا أعلم إلا خيراً، وأني لأرضى به لي وعلي[2]:

وإنما قلنا: لابد من وصفه بالعدالة والرضا؛ لأن الله تعالى شرطهما في قبول الشهادة وقال: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[3] وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[4] ومعنى العدالة[5]: هو الاستواء والاستقامة؛ ولذلك تنتفي الشهادة مع التهمة، والغفلة وغيرهما؛ لأن أحوال الشاهد غير مستقيمة معهما.

وإنما قلنا: إنه يجزي من ذلك أن يقول لا أعلم إلا خيراً أو لا أعلم له زلة؛ لأن ذلك شهادة بنفي[6] فلا يستفاد بها شيء، لأن التزكية في العدالة إثبات عدالة الشاهد والإخبار عما لا يعلمه الحاكم منه، فإذا قال: لا أعلم له زلة، ولا أعلم إلا خيراً كان بمنزلة الحاكم؛ لأن الحاكم أيضاً لا يعلم له زلة، وقد يعلم منه الخير والتدين، ولكن لا يعلم هل هو ممن يصلح للشهادة أم لا..

وأما قوله: إني رضي به لي وعلي فليس بتزكية أيضاً؛ لأنه قد يرضى بغير العدل وبالمغفل[7] والمتهم لغرض له وقد لا يرضى العدل المرضي على

---

(1) في م: خزية.
(2) انظر: المدونة: (104،105/4)، التفريع: (239/2)، الرسالة: (246)، الكافي: (465).
(3) سورة الطلاق، الآية: 2.
(4) سورة البقرة، الآية: (282).
(5) في م: العدل.
(6) في ق: تتقي.
(7) م: بالمتغفل.

حسب اختياره فليس على رضا الإنسان لأموره غمار[1]، فلم يكن قوله هذا مؤثرا في التزكية.

فصل [1. في قبول شهادة من عرفه القاضي بالعدالة والرضا]

ومن عرفه القاضي بالعدالة والرضا قَبِل شهادته، ولم يحتج إلى أن يشهد عنده بتزكية، وكذلك المشتهر بالصلاح والدين؛ لأن الغرض بالتزكية أن يعلم الحاكم أنه من أهل الشهادة فإذا عرف منه أغناه عن التزكية، وليس ذلك حكما بالعلم؛ لأنه أمر يظهر ولا يخفى أعني العدالة والفسق، ولأنه قد يتوقف عن قبول شهادته ويقبله غيره من الحكام ولو كان حكما لم يجز نقضه.

وإذا كان الحاكم لا يعرفه لم يثبت عدالته إلا بشهادة عدلين وبأن يعلمه صاحب مسائله بما عرف من حديثه؛ لأنه خليفته وقائم في التزكية والجرح مقامه، والتعديل الذي يكون شهادة لا يكون إلا باثنين[2].

فصل [2. في تعارض الجرح والتعديل في التزكية]

إذا عدَّل رجلان رجلاً، وجرحه آخران ففيها روايتان[3]: إحداهما أن ينظر إلى أعدل البينتين فيؤخذ بها، والأخرى أن شهادة الجرح أولى من التعديل.

فوجه الأولى تعارض البينتين في أمر طريقه الاجتهاد فوجب الحكم بأعدلهما، أصله في الأموال.

ووجه الثانية أن الجرح يخفى ولا يظهر، فالشاهدان به عرفا من حال المجروح ما خفي عن المعدِّلين فكانت شهادتهما أولى؛ ولأن ذلك كالخبرين الحاظر والمبيح إذا تعارضا أن الحاظر أولى.

---

(1) غمار: أي مستورة (انظر المصباح المنير: (452).
(2) انظر: التفريغ: (239/2)، الكافي: (465-466).
(3) انظر: التفريع: (239/2)، الكافي: (465).

باب: في حكم تحمل الشهادة

تحمل الشهادة فرض في الجملة؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾[1] وذلك من أفضل البر؛ لأنه يتعلق به حفظ أموال الناس وحقوقهم وحقوق الله تعالى وإقامة حدوده، وقوله: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾[2]، وقوله: ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾[3]، وذلك على عمومه في التحمل والأداء، وقوله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ﴾[4]. وقال سفيان بن عيينه[5]: هو ما يدفع الله بالشهود من التجاحد والتظالم[6]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[7].

فصل [1. في أن تحمل الشهادة من فروض الكفايات]

إذا ثبت أن ذلك فرض في الجملة فإنه من الفروض الكفايات إذا قام به البعض سقط من الباقين، فهو جارٍ مجرى غسل الميت ودفنه والصلاة عليه، ومجرى الجهاد وغيره من فرائض[8] الكفايات، والدليل على ذلك[9] أنها براءة

---

(1) سورة المائدة، الآية: 2.
(2) سورة النساء، الآية: 135.
(3) سورة البقرة، الآية: 282.
(4) سورة البقرة، الآية: 251.
(5) **سفيان بن عيينه:** ابن أبي عمران ميمون مولى محمد بن مزاحم، أبو محمد الهلالي الكوفي ثم المكي سمع من عمرو بن دينار وابن شهاب وغيرهما وحدث عنه الأعمش وابن جريج وغيرهما قال الشافعي: لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز ت 107 هـ (شدرات الذهب: 354/1)، سير أعلام النبلاء: (454/8).
(6) انظر الجامع في أحكام القرآن: (260/3).
(7) سورة الطلاق، الآية: 2.
(8) في م: فروض.
(9) في م: على أنها إنما تراد.

للتوثق وحفظ الحقوق فإذا حصل هذا المعني بالبعض سقط عن الباقين كما ذكرناه.

فصل [2. في تعين فرض تحمل الشهادة]

وإذا ثبت، فقد يتعين فرضها في بعض المواضع وقد لا يتعين: (فالمواضع التي يتعين)[1] أن يدعى الشاهد إلى تحمل الشهادة وهناك جماعة كبيرة ممن يتحملها فإنه يجب على اثنين منهم بغير أعيانهم، فمن قام منهم بها سقط عن الباقين.

وأما المواضع التي يسقط فيها فهو أن يدعى إلى تحمل شهادة قد تحملها غيره فلا تلزمه الإجابة؛ لأن الغرض قد سقط بمن قام بها وتحملها.

وأما المواضع التي يتعين فيها فرضها فمثل أن يدعى إلى تحملها وليس هناك غيره فتلزمه الإجابة، وكذلك لو كان هناك من يتحملها إلا أنه يتعذر وجودهم أو يخاف بانتظارهم فوات الحادث مثل موت الموصي أو جحود المقر أو ما أشبه ذلك فتلزمه الإجابة..

وهذا إذا لم يكن له ما يعذر به، فإن كان له عذر من مرض أو زمانة أو حق مثل ذلك يخاف فوته وما أشبه ذلك من الأعذار لم[2] يلزمه.

فصل [3. في حكم أداء الشهادة]

فإذا ثبت تحملها على الوجه الذي ذكرناه، فأداؤها فرض أيضاً على الكفاية، وحكمها حكم التحمل في التعيين وغيره، فإن دعي إلى إقامتها وهناك من يقيمها غيره لم تلزمه الإجابة؛ لأن المقصود من الأداء إثبات الحق عند الحاكم فإذا حصل المقصود سقط الغرض، وكذلك إن كان كمن يسقط الغرض به كالصلاة على الجنازة..

---

(1) ما بين قوسين سقط من م.
(2) في م: فلا.

وأما إن دعي ولم يكن قد أشهد سواه أو شهدوا سواه ولكن تعذر إحضارهم لبعد أو غيبة أو موت أو مرض فإنه يتعين عليهما الحضور والأداء؛ لأن في امتناعهما إتلاف الحق وإضاعته، والدليل على وجوب الأداء في الجملة قوله تعالى: ﴿ **وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ** ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ **وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ** ﴾[2]، وقوله عز وجل ﴿ **وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَـٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ** ﴾[3]، ولا خلاف في ذلك[4]، والله أعلم.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 282.

(2) سورة الطلاق، الآية: 2.

(3) سورة البقرة، الآية: 283.

(4) انظر: مراتب الإجماع: (53)، المغني: (146/9).

باب: في أقسام البينة

البينة مرتبة بحسب الحقوق فيها والمحتاج إلى إقامتها، وما هي عليه من التوسعة والتضييق والتخفيف والتثقيل وإمكان التوثق وتعذره على ما نبينه من بعد، والبيِّنات على اختلاف مراتبها في القوة والضعف لا تخرج من أقسام[1]:

أحدها: أربعة شهود رجال بالغون.

والثاني: شاهدان رجلان.

والثالث: شاهد وامرأتان.

والرابع: شاهد ويمين المدعي.

والخامس :امرأتان ويمين المدعي.

(**والسادس:** المدعى ونكول المدعى عليه.

والسابع: امرأتان ونكول المدعى عليه)[2] .

والثامن: يمين المدعى ونكول المدعى عليه.

والتاسع: يمين المدعي مع قوة السبب.

والعاشر: امرأتان بانفرادهما.

والحادي عشر: شهادة الصبيان في الموضع الذي ذكرناه.

والثاني عشر: أيمان الأولياء في الدم مع اللوث.

---

(1) انظر: الموطأ: (722/2)، المدونة: (96/4)، التفريع: (242/2)، الرسالة: (247)، الكافي: (478).
(2) ما بين قوسين سقط من م.

والثالث عشر: شهادة السماع.

والرابع عشر: كتاب قاض إلى قاض.

والخامس عشر: معرفة العفاص والوكاء في اللقطة؛ لأن ذلك كالبينة، وربما أغفلنا شيئاً يجري ما ذكرناه فنبينه بقدر ما أوردناه عليه.

فصل [1. في الحقوق المشهود بها]

الحقوق المشهود بها على ستة أضراب:

أحدهما أحكام تثبت في البدن (ليست بمال ويطلع عليها الرجال على غالب الحال.

والثاني أحكام تثبت بالبدن تتعلق بالمال.

والثالث أحكام تثبت في البدن لا يطلع عليه الرجال بل النساء كعيوبهن والولادة)[1].

والرابع: شهادة على مال.

الخامس: شهادة على ما كان المقصود منه المال، وهذا كالقسم الذي قبله وإن انفرد عنه.

السادس ما يجمع القسمين من هذه الأقسام أو أكثر.

فإذا ثبت هذا فانقسام البينات على الحقوق على وجوه:

أحدها: ما لا مدخل فيه لشهادة النساء أصلا، ولا يقبل فيه إلا الرجال.

والآخر ما يقبل فيه الرجال والنساء، ولا يقبل فيه النساء بانفرادهن.

والثالث ما تقبل فيه النساء بانفرادهن.

والرابع ما يقبل فيه الرجل الواحد والمرأتان مع يمين المدّعى، ثم بقية الأقسام على ما قدمناه.

---

(1) ما بين قوسين مطموس في ق وم وتم إكمال النقص من ر.

فصل [2. في الأحكام التي تثبت في البدن ليست بمال]

أما الأحكام التي تثبت في البدن ليست بمال ويطلع عليها الرجال في غالب الحال كالزنا والقذف والقتل والنكاح والرجعة والطلاق والإعتاق والإحصان[1] والتعديل والتجريح ورؤية الأهلة والشهادة على الشهادة[2]، وما أشبه ذلك فهذا لا يقبل فيه إلا الرجال.

فالأربعة في الشهادة على إثبات الزنا وذلك على ثلاثة أوجه: إما شهادة على رؤية الزنا فهو المتفق عليه، وإما شهادة على الشهادة به، وإما الشهادة على كتاب الحكم به وهذان مختلف في الشهادة بهما[3]:

فقيل: يكفي شهادة اثنين على شهادة كل واحد من الأربعة وعلى كتاب الحاكم به، وقيل: لا يكفي إلا على كل واحد من الأربعة، وكذلك على كتاب القاضي.

وأما الشاهدان فلسائر الأحكام التي تثبت في البدن وفي المال مما عددنا.

وأما الشاهد والمرأتان والشاهد ويمين المدعى والمرأتان واليمين فلحقوق الأموال وما المقصود منه المال، وأما المال فمثل أن يشهدوا أن فلاناً أقرض[4] فلاناً مالاً أو أودعه أو أعاره أو غصبه وما أشبه ذلك، وما المقصود منه المال كالبيع والإجارات والشفعة والرهن والقراض والمساقات والصلح والكفالات وجنايات الخطأ والعمد التي لا قود فيها وما ضارع ذلك مما يكون المقصود منه المال فهذا كله يثبت بالشاهد والمرأتين وبالشاهد ويمين المدعى.

---

(1) في م: الإصلاح.
(2) في ق: الشهادات على الشهادات.
(3) انظر: المدونة: (82،83/4)، التفريع: (240/2)، الكافي: (466).
(4) في ق: اقترض.

وأما الشاهد ونكول المدعي عليه يقبل في كل موضع قبل فيه الشاهد واليمين والمرأتان واليمين، وقد اختلف في قبوله في الطلاق والعتاق فعنه في ذلك روايتان وكذلك في نكول المدعى عليهم مع اللوث وقد بيناه في موضعه.

وأما الأحكام بالبدن المتعلقة بالمال مثل الشهادة على الوكالة بطلب المال وعلى إسناد[1] الوصية التي ليس فيها إلا المال فقد اختلف أصحابنا فيها:

فقال مالك وابن القاسم وابن وهب: يجوز فيها شاهد وامرأتان.

وقال أشهب وعبد الملك: لا تقبل فيها إلا رجلان.

وأما المرأتان ونكول المدعي عليه فإنه يقبل في كل موضع يقبل فيه الشاهد (واليمين وليس في كل موضع يقبل فيه الشاهد)[2] والنكول، وكذلك يمين المدعي مع النكول.

وأما يمين المدعي مع قوة السبب فمثل يمين المشترى[3] في الاختلاف في ثمن المبيع بعد قبض السلعة؛ لأن يمينه[4] قد قوي بالقبض.

فأما المرأتان بانفرادهما ففي حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا كالولادة والاستهلال والرضاع وعيوب النساء وما أشبه ذلك.

وأما شهادة الصبيان واللوث واللقطة فقد ذكرناه.

وأما شهادة السماع ففي ما يتغير[5] ولا يزول، وذلك مثل النسب والموت والولاء والحبس المتأبد، وقيل في النكاح.

---

(1) في م: أشهاد.
(2) ما بين قوسين سقط من ق.
(3) في م: المشترك.
(4) في م: سببه.
(5) في ق: ما لا يتغير.

فأما كتاب القاضي فإنه يقبل في كل شيء من الحقوق والحدود ولا يثبت إلا بشاهدين إلا ما ذكرناه من الخلاف في كتابه بشهادة الزنا عنده..

هذا جملة من القول في أقسام البينة والأحكام المشهود فيها، ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل [3. في إثبات حد الزنا]

فأما قولنا: إن الحد في الزنا لا يثبت إلا بشهادة أربعة رجال فقد بيَّناه في كتاب الحدود، وقد ذكرنا توجيه الخلاف فيما يتعلق به.

وإنما منعنا أن لا يقبل في أحكام الأبدان التي يطلع عليها الرجال إلا شهادة رجلين خلافاً لأبي حنيفة[1] أنه يقبل في جميعها شهادة النساء مع الرجال كالطلاق والرجعة والنكاح وغير ذلك إلا ما أوجب قتلاً أو حداً؛ فلقوله تعالى في الطلاق والرجعة:﴿ وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ ﴾[2] وهذا كناية عن ذكرين، واعتبارا بالقتل، وما يوجب الحد بعلة أنه من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال، وهذا علة تستمر في التعديل والتجريح وكل ما هو من بابه.

فصل [4. في قبول الشاهدين والشاهد والمرأتين في المال]

وإنما قلنا: إن الشاهدين و المرأتين يقبلان في المال، أو ما يكون المقصود منه المال؛ لقوله جل ذكره: ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾[3]، ولا خلاف في ذلك[4].

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (238)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (56/4).
(2) سورة الطلاق، الآية: 2.
(3) سورة البقرة، الآية: 282.
(4) بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (647/8)، المغني: (151/9)، فتح الباري:(203/5).

فصل [5. في الحكم بالشاهد واليمين في المال وحقوقه]

وإنما قلنا: إن الشاهد واليمين يحكم به في المال وحقوقه خلافاً لأبي حنيفة في منعه الحكم به على كل وجه[1]؛ لما روي أن رسول الله ﷺ: قضى باليمين مع الشاهد[2]، ولأن كل حجة يُسقِط بها المدعي عليه عن نفسه المطالبة جاز أن تكون في جنبة المدعي، أصله البينة؛ ولأن الأصول موضوعة على أن اليمين تكون في جنبة أقوى المتداعين سببا لقوة سببه، وأن البينة يطالب بها أضعفهما سبباً لضعف سببه ألا ترى أنها تجب بالابتداء على المنكر لقوة سببه على المدعي؛ لأن الأصل براءة ذمته مما ادعي عليه، وإذا صح ذلك فسبب المدعي قد قوي بالشاهد فوجب أن يكون اليمين في جنبته.

فصل [6. في قصر الحكم باليمين والشاهد في الأموال دون الأبدان]

وإنما قلنا: إن ذلك في الأموال أو ما يتعلق بها دون حقوق الأبدان للإجماع على ذلك من كل قائل باليمين والشاهد وقصرهم إياها على هذا النوع[3]؛ ولأن حقوق الأموال أخفض رتبة من حقوق الأبدان بدلالة قبول النساء فيها..

(وقد اختلف قوله في جراح العمد هل يجب القود فيها بالشاهد)[4] واليمين فعنه فيه روايتان:

إحداهما أنه يجب به التخير بين القود والدية ومن جنس[5] عمده ما لا يجب فيه إلا مال بخلاف النفس، والأخرى أنه لا يجب لأنه من حقوق الأبدان، وهو الصحيح.

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (333).
(2) أخرجه مسلم في الأقضية، باب: القضاء باليمين والشاهد: (1337/3).
(3) انظر: المغني: (101/9).
(4) ما بين قوسين سقط من ق.
(5) في ق: ومن حبس عنده.

فصل [7. في قبول شهادة امرأتين ويمين المدعي في الأموال وحقوقها]

وإنما قلنا: إنه يقبل في الأموال وحقوقها شهادة امرأتين ويمين المدعي خلافاً للشافعي[1]، ولأنهما قد أقيما في الشرع مقام رجل واحد في الشهادة على الأموال؛ لقوله عز وجل: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[2] فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين جاز أن يحكم بشهادة امرأتين مع اليمين، ولأنهما إحدى شرطي شهادة المال كالشاهد الواحد؛ ولأنه سبب مؤثر في الحكم قويت به حجة المدعي فجائز[3] أن يحلف معه، أصله الشاهد الواحد.

فصل [8. في الحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعي عليه]

وإنما قلنا: إنه يحكم بالشاهد الواحد ونكول المدعى عليه خلافاً للشافعي[4]؛ لأن النكول سبب مؤثر في الحكم فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به، أصله يمين المدعي..

ونبين تأثيره في الحكم: أنه إذا نكل المدعى (عليه انتقلت اليمين إلى جنبة المدعي)[5] فحلف وكان نكوله كشاهد؛ ولأن الشاهد، أقوى من يمين المدعي بدليل أنه إنما يحتاج إلى[6] اليمين مع عدم الشاهد، وأن اليمين مختلف في دخولها في بينة المدعي والشاهد غير مختلف فيه، وأن الشاهد يدخل في البينة في جميع الحقوق وأن اليمين[7] مضاف إليه وهو لا يضاف

(1) انظر: مختصر المزني: (307)، الإقناع: (201)، المهذب: (312/2).
(2) سورة البقرة، الآية: 282.
(3) في م: فجاز.
(4) انظر: المهذب: (335/2،321).
(5) ما بين قوسين سقط من م.
(6) في ق: لشهادة.
(7) وأن اليمين: سقطت من م.

إليها، وإذا ثبت تأكيده على اليمين ثم كان النكول إذا اجتمع مع أضعف السببين[1] يحكم به كان إذا انضاف إلى الأقوى والآكد أولى.

فصل [9. في ثبوت الوكالة بالمال بشهادة رجل وامرأتين]

ووجه القول في الوكالة بالمال إنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين أنها شهادة على مقصود به المال كالشهادة على البيع والإجارة..

ووجه منع قبولها أن الوكالة فعل بدن ليست بمال قال عبد الملك: لأن الشاهد واليمين لا يقبل فيهما فكذلك الرجل والمرأتان؛ لأن أحدهما لا يقبل إلا حيث يقبل الآخر.

فصل [10. في الحكم بشهادة امرأتين مع النكول]

وإنما قلنا: يحكم بشهادة امرأتين مع النكول؛ لأنها أحد شرطي شهادة المال كالشاهد الواحد.

فصل [11. في الحكم بيمين المدعي ونكول المدعي عليه]

وإنما قلنا: إنه يحكم بيمين المدعي ونكول المدعي عليه في الأموال وما يتعلق بها؛ لأنها سببان مؤثران في تنفيذ الحكم فإذا اجتمعا وجب الحكم بهما كالشاهد باليمين، وذلك أن النكول مؤثر في وجوب الحكم به إذا انضم إليه شاهد وامرأتان، وكذلك كون اليمين في جنبة المدعي.

فصل [12. في عدم الحكم بمجرد النكول]

ولا يحكم بمجرد النكول دون أن ترد اليمين على المدعي فيما ترد فيه فإذا حلف حكم له على المدعى عليه[2]، وقال أبو حنيفة: إذا نكل المدعى عليه

---

(1) في م: البينتين.
(2) انظر: الموطأ: (722/2)، التفريع: (243/2)، الكافي: (472).

عن اليمين كررت عليه ثلاث، فإن حلف وإلا حكم عليه بنفس نكوله ولا ترد اليمين على المدعي هذا إذا كانت الدعوى في المال.

واتفقوا على أنه لا يحكم بالنكول في قتل العمد والجراح، ثم اختلفوا في حكمه، فعند أبي حنيفة أنه يحبس إلى أن يحلف أو يعترف، وعند أبي يوسف يحكم عليه بالدية[1] فالكلام معهم في موضعين:

أحدهما: هل يحكم بالنكول بمجرده أم لا؟

والآخر هل يلزم رد اليمين على المدعي أم لا؟

فدللينا على أنه لا يحكم بمجرد النكول اتفاقنا على أنه لا يحكم به في دعوى دم العمد فكذلك في سائر الحقوق بعلة أنه نكول عن اليمين توجهت على المدعى عليه؛ ولأنه نكول لا يحكم به دم العمد فلذلك في غيره أصله الأول والثاني، ولأن البينة حجة للمدعي في إثبات ما يدَّعيه، واليمين حجة للمنكر فيما ينفيه، وقد ثبت أن المدعي لو قعد عن إقامة البينة لم يسقط حقه ولم يحكم عليه بضد ما ادعاه فكذلك المدعى عليه إذا قعد عن اليمين؛ لأن المدعى عليه لو أمسك عن جواب المدعي، أو قال: لا اعترف ولا أنكر ولا أحلف لم يلزمه فهذا حكم وهو نكول على الأمرين عن الاعتراف وعن اليمين فكان بنكوله عن اليمين وحدها أولى.

ودليلنا على وجوب اليمين مع النكول قوله ﷺ في القسامة: "أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟ قالوا: لن نحضر. قال: فتبرأ لكم اليهود بخمسين يمينا"[2] وهذا رد اليمين؛ ولأن ذلك إجماع؛ لأنه مروي عن عمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب[3] – رضوان الله عليهم– ولا مخالف لهم، ولأن الأصول موضوعة على أنه لا يحكم للمدعي على سبب واحد وإنما يحكم بسببين:

---

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (367)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (4/30-31).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) انظر: البيهقي: (10/177،123)، عبد الرزاق: (10/41،35)، المغني: (9/233).

كالشاهدين، أو كشاهد ويمين، أو كشاهد وامرأتين، أو شاهد ونكول، فأما النكول وحده فإنه سبب واحد فلا بد أن ينضاف إليه غيره فإذا ثبت ذلك فليس إلا يمين المدعي؛ ولأن اليمين في الدعوى يتوجه على أقوى المتداعيين سببا؛ ولذلك وجبت في الأصل على المنكر وانتقلت إلى المدعي إذا كان له شاهد، وإذا[1] ثبت ذلك فالمدعى في هذا الموضع أقوى سببا من المنكر؛ لأن ذلك قد أضعف جنبته[2] بنكوله فانتقلت اليمين إلى جنبة المدعي.

فصل [13. في الحكم باليمين مع قوة السبب]

وأما اليمين مع قوة السبب فقد بيَّناه فيما تقدم من اختلاف في الزوجين في قبض الصداق ومقداره، والمتبايعين في مقدار الثمن، والعرف في التداعي ووجه ذلك أن العرف أصل يقوى به سبب المدعي فإذا كان كذلك انتقلت اليمين إلى جهته كما لو كان معه شاهد ألا ترى أن العرف يرجع إليه ويحكم به إذا لم يكن هناك غيره مثل الخلاف إذا وقع في النقد والسير والحمولة وغيرها.

فصل [14. فيما تقبل فيه شهادة النساء]

وإنما قلنا: إن شهادة النساء مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا من أحكام الأبدان في الجملة بانفرادهن[3]، مثل عيوب النساء والولادة وما في معنى ذلك؛ لأن الشهادة رتبت في الشرع على حسب الأشياء المشهود بها وتأكدها وضعفها وإمكان التوصل إلى إثباتها: فجعل في الزنا أربعة رجال؛ لأنه غلظ فيه فجعل التغليظ من وجهين:

---

(1) في ق: وإنما.
(2) في م: سبب نفسه.
(3) انظر: المدونة: (81/4)، التفريع: (237/2)، الرسالة: (246)، الكافي: (469).

أحدهما الجنس، والآخر العدد، وجعل في القتل وغيره من حقوق الأبدان شاهدان رجلان فغلظ فيه من جهة الجنس فقط؛ لأنه لم يطلب فيه من الستر ما طلب في الزنا، وجعل فيه القسامة مع اللوث لتأكد أمره لئلا يجترئ الناس على الدماء.

وجعل في الأموال شهادة النساء مع الرجال؛ لأنها أحفظ حرمة من الأبدان ودعت الضرورة في هذا الموضع أعني الولادة وما تعلق بها إلى قبول شهادتين منفردات كما دعت إلى قبول شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح؛ لأنها لو لم نقبلها لأدى ذلك إلى إضاعة دمائهم، كذلك في هذا الموضع لو لم تقبل شهادة النساء في الولادة وما يجري مجرها لأدى ذلك إلى أحد أمرين ممنوعين:

إما إلى إضاعة حقوق المتعلقة بها، أو إلى أن يحضر الرجال هذه المواضع ويطلعوا على عورات النساء؛ وذلك باطل فلم يبق إلا قبولها.

جملة ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات ما ذكرناه من عيوب النساء التي لا يطلع عليها سواهن من الولادة والاستهلال والرضاع وما أشبه ذلك، ولا خلاف في هذا إلا في الرضاع فعندنا أنهن يقبلن فيه بانفرادهن عن الرجال، وقال أبو حنيفة[1]: لا يقبلن فيه على بانفرادهن[2]:

ودليلنا أنه لا يحضره الرجال في الغالب فجاز أن يقبلن فيه منفردات كالولادة والاستهلال؛ ولأنها شهادة على عورة لشهادة النساء مدخل فيه كالولادة.

(1) انظر: مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (4/55-56).
(2) في م: على الانفراد.

فصل [15. فيما ينضم إلى شهادة النساء]

إذا ثبت أنه لا يحتاج في ذلك إلى شهادة الرجال فعنه في شيء ينضم إلى شهادتهن روايتان[1]:

إحداهما أنه لا يكفي في ذلك إلا أن يفشى ذلك عند الجيران أو يظهر وينشر، والأخرى أن شهادتهن مقبولة وإن لم يفش:

فوجه الأولى أن الرضاع وإن كان مما ينفرد به النساء فيتعلق به أحكام شرعية ولا يكاد يخفى أمره غالبا بل يظهر وينتشر ويفشوا أمره ولا يكتم[2]، فإذا شهدن به ولم يكن شيء مما ذكرناه ضعفت الشهادة ودخلها التهمة.

ووجه الثانية اعتباره بسائر العورات اللاتي يقبلن فيها؛ وهذه أصح[3].

فصل [16. في العدد الذي يكفي من النساء في الشهادة]

وإنما قلنا: إن العدد الذي يكفي منهن اثنتان خلافاً للشافعي في قوله: أربع[4] ولغيره في قوله ثلاث[5]: لأن كل جنس قبلت منه شهادة في شيء على انفراد (كفى منه شخصان أصله الرجال)[6].

وإنما قلنا: لا تكفي امرأة واحدة خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إذا كنَّ ما بين السرة والركبة قبل فيه امرأة واحدة[7]؛ لأنها شهادة في حق فلم يثبت بشهادة شخص واحد أصله سائر الحقوق؛ لأن شهادة الرجل آكد وأقوى من شهادة النساء فإذا لم تقبل شهادة من رجل واحد، فشهادة امرأة واحدة أولى.

---

(1) انظر: التفريع: (238/2)، الرسالة: (246)، الكافي:(470).

(2) في م: ولا يتكلم.

(3) في م و ر: وهذا أوضح.

(4) انظر: مختصر المزني: (303)، الإقناع: (201).

(5) قال عثمان بن البتى: يكفي ثلاث؛ لأن كل موضع قبل فيه المساء كان العدد ثلاثة، كما لو كان معهن رجل (المغني: (156/9).

(6) ما بين قوسين سقط من ق.

(7) انظر: مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (56/4).

فصل [17. في قبول شهادة المرأة في الاستهلال]

وإنما تقبل في الاستهلال[1] خلافاً لمن منع ذلك[2] اعتباراً بالولادة والرضاع؛ لأنه لا يطلع عليه الرجال في غالب الحال.

فصل [18. في قبول الشهادة على السماع]

وإنما قلنا: إن الشهادة على السماع[3] تقبل فيما لا يتغير حاله ولا ينتقل الملك فيه[4]؛ لأن الضرورة تدعو إلى قبولها وإلا تلف الحق المشهود به؛ لأن البينة لا تبقى على مر السنين وتطاول الأوقات، وكان ثبوت الحق المشهود به مما يؤمن تغيره وزواله كالولاء الذي لا يصح نقله عن الملك بل يبقى ميراثاً، وكالموت والنسب والوقف المحرم، وما أشبه ذلك فجازت فيه شهادة السماع.

وصفتها أن يشهد شاهدان إنا لم نزل نسمع أن فلان بن فلان على مر السنين وتطاول الأوقات..

وليس للعدد[5] الذي يسمع منه الشهود حد محصور أكثر من ثلج النفس وثقتها إلى خبرهم فهي في معنى الخبر المتواتر.

ووجه قوله في النكاح: إنها تقبل فيه: أنه أمر ثابت لا يتغير إذا مات أحد الزوجين فأشبه الولاء والوقف.

ووجه قوله: إنه لا تقبل فيه أن أصله غير[6] مستقر بدليل جواز التنقل فيه فكان كالشهادة على الأملاك أنها تثبت بالسماع.

---

(1) **الاستهلال**: هو خروج المولود صارخاً (المصباح المنير: 639).
(2) منع ذلك الإمام أبي حنيفة، وخالفه صاحباه (انظر اللبان في شرح مختصر القدوري: (56/4)، والمغني: (156/9).
(3) **الشهادة على السماع**: هو لقب يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين (حدود ابن عرفة: (455).
(4) انظر المدونة: (87/4)، الكافي: (467-468).
(5) في م: للقدر.
(6) غير: سقطت من م.

فصل [19. في قبول كتاب القاضي إلى القاضي]

وإنما قلنا: إن كتاب القاضي إلى القاضي يقبل، وإنه يلزم المكتوب إليه تنفيذ ما فيه للضرورة إلى ذلك[1]؛ لأنه لو لم يقبل لأدى إلى تلف الحق المشهود به؛ لأن البينة التي للمدعي قد تكون بغير البلد الذي يحتاج إلى إقامتها به، فلا يجوز تكليفهم السفر إليه ليشهدوا به، وقد لا يكون هناك من يعرفهم بالعدالة فلم يبق إلا شهادتهم في الموضع الذي هم به وكتاب الحاكم الذي يستشهدون عنده إلى الحاكم الذي يحتاج إليه في إقامة الشهادة عنده بما ثبت عنده من الحق بشهادتهم، وعلى ذلك مضى أمر السلف.

وإنا قلنا: إنه لا يثبت إلا بشاهدين دون طابع[2] القاضي؛ لأنه سبب يجب به تنفيذ الحكم فوجب أن لا يكون إلا بشاهدين: أصله إقرار المدعي عليه.

ووجه قوله في الزنا: إنه يثبت الكتابة بشاهدين أن الشهادة بالكتاب[3] غير الشهادة بالزنا؛ فإذا ثبت بالكتاب بشاهدين فالحد يقام بشهادة الأربعة الذين شهدوا عند الحاكم الأول.

ووجه القول بإنه لابد من أربعة أن الحد يقام بكتاب الحاكم وما يقام به الحد من الشهادة لا يكون إلا بأربعة، أصله الشهادة المباشرة.

الفصل [20. فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً وقال اشهدوا على ما فيه]

اختلف قول مالك فيمن دفع إلى شهود كتاباً مطوياً وقال: اشهدوا على ما فيه هل يصلح تحملهم الشهادة أم لا؟ وكذلك الحاكم إذا كتب كتاباً إلى

---

(1) انظر: التفريع: (246/2)، الكافي: (500).
(2) طابع: هو الختم.
(3) في ق: بالكتابة.

حاكم وختمه وأشهد الشهود بأنه كتابه ولم يقرأ عليهم فعنه في ذلك روايتان[1]:

إحداهما أن الشهادة جائزة وإن لم يقرأ الكتاب، والأخرى أنهم لا يشهدون به إلا أن يقرءون وقت تحمل الشهادة:

فوجه الجواز، أنه أشهدهم على إقراره بما في الكتاب، عرفوه فصح تحملهم الشهادة، أصله إذا قرأه عليهم؛ ولأن عُمَّال النبي ﷺ كانت ترد عليهم كتبه فيعملون بما فيها من غير أن يقرءوها.

واستدل القاضي إسماعيل بن إسحق بدليل أن النبي ﷺ دفع كتابا إلى عبد الله ابن جحش[2] وأمره أن يسير ليلتين ثم يقرأ الكتاب فيتبع ما فيه[3]؛ ولأن الإنسان قد يكره أن يعلم غيره ما أقر به[4] ويحب طي ذلك وإخفاءه، فلو لم تجز الشهادة عليه إلا إذا أظهره ونشره لَلَحِق في ذلك ضرر ومشقة.

ووجه المنع قوله تعالى: ﴿**وَمَا شَهِدْنَآ إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا**﴾[5] وإذا لم يقرءوا الكتابة لم يعلموا ما يشهدون به فلم تجز شهادتهم؛ ولقوله ﷺ: "إن رأيت مثل الشمس فاشهد"[6]؛ ولأن الخط قد يعمل عليه ويزور فلا يؤمن ذلك في الكتاب المطوي فإذا قرأه وعرف ما فيه أمنوا الحيلة فيه.

---

(1) انظر: التفريع: (247/2)، الكافي: (475).

(2) **عبد الله بن جحش الأسدي**: الذي كانت عنده أم حبيبة- أم المؤمنين- وكان رحل إلى النجاشي فتنصر هناك حتى مات (البداية والنهاية: (145/4)، شذرات الذهب: (54/1).

(3) انظر: سيرة ابن هشام: (288/3)، طبقات ابن سعد: (10/2)، سنن البيهقي: (12/11).

(4) في م: ما أمر به.

(5) سورة يوسف، الآية: 81.

(6) أخرجه البيهقي: (156/10)، وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف، وابن عدى في الكامل: (2213/6)، صححه الحاكم: (98/4)، (انظر: تلخيص الحبير: (198/4).

باب: شهادة الأعمى

شهادة الأعمى جائزة في كل ما وقع له العلم به، وإنما يمنع فيما طريقه الرؤية فقط، فيقبل على ما يلمسه أنه حار أو بارد أو لين أو خشن، وفيما يذوقه أنه حلو أو حامض، وفيما يشمه وكذلك فيما يسمعه[1].

والدليل على ذلك أن العمى لا يؤثر في العلم بما يشهد من ذلك فكان فقد البصر كفقد غيره من الأعضاء في أنه لا يمنع قبول ما يتحمله من الشهادة به.

فأما شهادته بالإقرار وما طريقه الصوت فيقبل عندنا سواء تحملها أعمى أو بصير ثم عمى خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إنها لا تقبل إذا تحملها أعمى[2]؛ لأن الصوت طريق لمعرفة الأشخاص والتمييز بين الأعيان شرعا وعادة:

أما الشرع فدليل مالك رحمه الله أن الصحابة والتابعين رووا عن أزواج النبي ﷺ، ومعلوم أنهم سمعوا منهن من وراء حجاب وإنما كانوا يميزون بين أشخاصهن بالصوت، وقوله ﷺ: "لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال فكلوا وأشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم[3]، ولم يكونوا يفرقوا بينهما إلا بالصوت؛ ولأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشهادة عليه بالحقوق، وقد ثبت أن

---

(1) انظر: التفريع: (236/2)، الكافي: (464).
(2) انظر: مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (60/4)، الإقناع: (202).
(3) سبق تخريج الحديث.

الأعمى يطأ زوجته وهو لا يعرفها إلا بالصوت؛ فدلَّ[1] ذلك إجماع على أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص.

وأما العادة[2] فهي أن الأعمى إذا تكرر عليه سماع صوت زوجته وولده وصديقه وطال اجتماعه معه وكثر ألفه له وطروقه لسمعه؛ وقع له العلم بذلك وبعد شبهه[3] بغيره وميَّز بين أشخاصهم لسماعه وصار ذلك له طريقا مستمراً لا يخالجه[4] فيه شك ولا ريب..

وإن جاز أن يخفي عليه إذا غيَّر صوته في بعض الأوقات فإنه إذا تبينه زال عنه الشك، فحكمه في هذا حكم البصير إذا رأى الشخص في الظلمة وأنه إذا تبينه وتأمله عرفه، وكذلك لو رأى من بَعُدَ عهده به أو من كان بعهده أمرداً والتحى فإنه يشتبه عليه اشتباها إذا حقق التأمل زال عنه.

وإذا ثبت ذلك صح أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص فقبلت شهادة الأعمى معه.

فصل [1. شهادة الأخرس، والشهادة على الشهادة]

شهادة الأخرس جائزة إذا فهمت إشارته[5]، خلافا لأبي حنيفة والشافعي[6]؛ لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم، فإذا فهم منه بطريق الفهم من مثله قبلت كالناطق إذا أداها بالصوت، ولأنها معنى يحتاج إلى النطق ليقع الفهم به فإذا تعذر النطق به جاز أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها أصله الإقرار والطلاق.

---

(1) في (ق): فدليل.
(2) العادة: سقطت من (م).
(3) في (ق): تنبيهه وفي ر: تشبيه.
(4) في (ق): لا يخالطه.
(5) انظر: التفريع: (236/2)، الكافي: (4643).
(6) انظر: شرح فتح القدير: (28/6)، حاشية قليوبي وعميرة: (177/3).

الشهادة على الشهادة جائزة وهو قول كافة الفقهاء[1] إلا من حكي عنه[2] منعها[3]؛ لأن علياً رضي الله عنه أجازها[4] ولم ينكر عليه أحد من الصحابة ولا خالفه، ولأن الشهادة طريقها الأمانة كالأخبار فإذا جاز النقل في أحدهما فكذلك في الآخر، ولأن شهادة العدل على شهادة نفسه معنى يسوغ للحاكم الحكم به؛ فجاز أن يشهد به عنده ويحكم به إذا شهد عنده الإقرار.

فصل [2. في جواز الشهادة على الشهادة في الحقوق والحدود كلها]

وتجوز في الحقوق والحدود كلها[5] خلافا لأبي حنيفة في قوله: إنها لا تجوز في القتل ولا في الحدود[6]، ولأنه حق مشهود به؛ فجاز أن تسمع فيه الشهادة على الشهادة كسائر الحقوق.

فصل [3. في حكم ما إذا شهد اثنان على شهادة اثنين]

إذا شهد اثنان على شهادة اثنين فإن شهد كل واحد منهما على شهادة كل واحد من الشاهدى الأصل قبلت[7] الشهادة،وإن شهد واحد على شهادة واحد آخر لم تقبل[8]؛ لأن شهادة كل واحد معنى يثبت عند الحاكم فلا يثبت بأقل من اثنين، وقد ذكرنا الخلاف في نقل الشهادة على الشهادة في الزنا وفي كتاب القاضي إلى القاضي بالزنا[9].

---

(1) انظر: المغني: (206/9).
(2) حكى ذلك عن داود (الإشراف: 294/2).
(3) في (ق): عنهم.
(4) انظر: عبد الرزاق: (339/8)، المحلى: (648/10).
(5) انظر: المدونة: (83/4)، التفريع: (240/2)، الكافي: (466).
(6) انظر: مختصر الطحاوي: (333)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (86/4).
(7) في (م): ثبت.
(8) انظر: المدونة: (83/4)، التفريع: (240/2)، الكافي: (466-467).
(9) بالزنا: سقطت من (م).

فصل [4. في كفاية شهادة اثنين على اثنين]

ويكفي أن يشهد اثنان على اثنين، وقال عبد الملك: ولا يجوز إلا أن يشهد على الآخر اثنان سوى الاثنين الذين شهدا[1] على الأول وهو أحد قولي الشافعي[2]، وإنما قلنا: ذلك لأن شهود الفرع نقلوا[3] عن شهود الأصل، والحق يثبت بشهود الأصل فصار الشاهدان كأنهما يشهدان بحقين فلم يحتج إلى غيرهما.

فصل [5. رجوع الشهود عن شهادتهم]

إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن شهدوا وقبل حكم الحاكم، قبل رجوعهم ولم يحكم بتلك الشهادة في كل شيء شهدوا به، وكذلك إن رجع بعضهم[4]، خلافاً لمن قال: إنه يحكم ولا يلتفت إلى رجوعهم[5] ، لأن الحكم إنما يكون بشهادة يثبت عليها ورجوعهم عنها يجعلهم بمنزلة من لم يشهد فيصير الحكم للثاني من قوليهما دون المرجوع عنه كالحاكم إذا اجتهد ثم بان له الخطأ قبل تنفيذ الحكم.

فصل [6. رجوع الشهود بعد استيفاء الحكم]

فإن رجعوا بعد استيفاء الحكم لم ينتقض برجوعهم ثم لا يخلو المشهود به أن يكون مالاً أو طلاقاً أو قتلاً أو حداً، ولا يخلوا رجوعهم أن يكون إخباراً عن غلط أو تعمد كذب[6]:

---

(1) في (ق): شهدوا.
(2) انظر: مختصر المزني: (311-312)، الإقناع: (203).
(3) في (م): نقله.
(4) انظر: التفريع: (2/240)، الكافي: (476).
(5) حكى عن أبى ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال: يحكم بها (المغني: 9/245).
(6) كذب: سقطت من (م).

فمن شهد بمال فلما حكم به قالا: غلطنا في الشهادة لم ينتقض الحكم ولم يرجع على من أخذ المال ويغرمانه للمشهود عليه، وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق، وقال عبد الملك في الغلط لا يرجع عليهما بشيء.

وإن قالا تعمدنا الكذب رجع عليهما بغير خلاف، وكذلك لو رجع أحدهما بإكذاب نفسه غرم نصف المال، فإن شهدا بقتل أو قطع ثم رجع أحدهما أو كلاهما بعد الآخر غرما الدية إن كان عن غلط، وإن كان عن عمد يقتص[1] منهما (ويغرمان الدية أيضاً هذا قول ابن القاسم، وقال أشهب: يقتص منهما)[2] في العمد وإن رجع أحدهما فعلى الخلاف الذي ذكرناه.

وإن شهدا بطلاق ثم رجعا لم يغرما للزوج الصداق، فإن شهدا أنه تزوج امرأة وطلقها قبل الدخول فاغترمه الحاكم نصف الصداق ثم رجعا غرما النصف الذي غرمه..

ولو شهدا على دخوله بزوجته عنده وهو مقر بالنكاح[3] منكر للدخول ثم رجعا عن شهادتهما غرما نصف الصداق.

ولو شهدا أنه أعتق عبدا له ثم رجعا عن شهادتهما[4] غرما قيمته، ولو كانت الشهادة بتنجيز[5] عتق مكاتب غرما قيمة كتابته أو ما بقي منها فإن شهدا بإعتاق أم ولد فلا غرم عليهما.

---

(1) في (ر): لا يقتص.
(2) ما ين قوسين سقط من (م).
(3) في (م): بالطلاق.
(4) شهادتهما: سقطت من (م).
(5) بتنجيز: سقطت من (م).

فصل [7. في القول بأن رجوعهم بعد استيفاء الحق لا ينتقض به الحكم]

وإنما قلنا: إن رجوعهم بعد استيفائهم[1] الحق لا ينقض به الحكم خلافاً لمن حكي عنه ذلك[2]، لأن رجوعهم إن كان إكذاباً لهم لأنفسهم فذلك تفسيق منهم لأنفسهم، والحكم لا ينقض بقول فاسق، وإن كان عن غلط فيجوز أن يكونوا غلطوا في الثاني فلا يقبل قولهم وقد تعلق بالأول حق للمشهود له فلم يجز إبطاله بدعواهم.

فصل [8. في غرامه ما رجع عليه الشهود]

وإنما قلنا: إنهم يغرمون ما أغرم الشهود عليه من المال خلافا لعبد الملك في منعه ذلك بالغلط[3]؛ لأنهم في العمد مقِرُّون بإتلاف مال غيرهم؛ لأنهم اضطروا الحاكم إلى أن أغرمه ما شهدوا به فلزمهم غرمه، وقلنا ذلك في الغلط؛ لأنهم بإتلافهم كالعمد.

وقلنا في رجوع أحدهما أنه يغرم النصف؛ لأن الإتلاف لم يكن به وحده ولزم قدر ما أتلف بشهادته كالمشتركين في قتل خطأ يلزم كل واحد منهم من الدية بقسطه وكذلك المخطئ مع العامد يلزم المخطئ نصف الدية.

فصل [9. في الرجوع عن الشهادة بقتل أو قطع]

وإنما قلنا: في الرجوع عن الشهادة بقتل أو قطع أنه إن كان ذلك بلغط غرما الدية لما قدمناه، ولا يقتص منهما؛ لأن القصاص لا يكون إلا في العمد المحض.

---

(1) في (م): بعد استيفاء.
(2) حكى ذلك عن سعيد بن المسيب والأوزاعي: (المغني: 249/9).
(3) انظر: المدونة: (83/4)، التفريع: (240/2)، الكافي: (467).

ووجه القول: إنه لا يقتص منهما في العمد أن شهادتهما سبب لا مباشرة فلا يجب بها القود، ولأنه غير ملجئ؛ لأن الحاكم قد كان يمكنه أن ينعزل[1] فلا يحكم.

ووجه إيجاب القود ما روي عن علي رضوان عليه أنه جاءه شاهدان فقالا: نشهد أن هذا سرق فقطعه ثم جاآه بآخر فقالا: أوهمنا هو هذا فرد قولهما الثاني، وقال: لو أعلمكما تعمدتما لقطعتكما[2]، ولم يحفظ خلاف عليه، ولأن الشهود إذا كان ظاهرهم العدالة وأدوا الشهادة إلى الحاكم لزمه الحكم بشهادتهم في حقوق الله ولمن[3] يطلبه إذا ثبت له من الآدميين فقد صار ملجأ بشهادتهما فكان الشاهد[4] كالمكره لغيره على القتل ويلزمه القود ولا يجب على هذا أن يكون على الحاكم القود كالمكره؛ لأن القاتل مكرها مباشر بما لم يكن له أن يباشره، والحاكم لم يباشر قتلاً محرما وإنما باشر أمراً أوجبته الشريعة فافترقا.

وإنما قلنا: إنهما إذا شهدا بطلاق قبل الدخول أو بعده ثم رجعا فلا غرم عليهما خلافاً للشافعي في قوله: يرجع عليهما بمهر المثل أو بكمال المهر[5]؛ لأن بالدخول قد استحق عليه المهر كاملا وبالعقد نصفه وإن كان لم يدخل لم يتلفا على الزوج شيئاً بشهادتهما فلا يلزمهما غرم.

فصل [10. في رجوع الشهود بالزوجية وبالطلاق]

وإنما قلنا: إنهما إذا شهدا بالزوجية وبالطلاق قبل الدخول ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف المهر؛ لأنهما قد أتلفاه عليه بشهادتهما فلزمهما غرمه اعتباراً

---

(1) في (ق): أن يقول.
(2) أخرجه البيهقي: (251/10).
(3) في (ق): ولما.
(4) في (م): المشهود.
(5) انظر: مختصر المزني: المهذب: (342-342/2).

بشهادة المبتدأة بالمال، ويفارق الأول؛ لأن المهر كان مستحقاً عليه بالعقد الثابت.

فصل [11. في رجوع الشهود بزوجة يقر بنكاحها]

وإنما قلنا: إنهما إذا شهدا بدخوله بزوجته يقر بنكاحها ثم رجعا فإنهما يغرمان نصف الصداق، فلأن ذلك القدر هو الذي أتلفاه بشهادتهما؛ لأن النصف المستحق عليه بالعقد فلم يتلفاه عليه لما قدمناه، والثاني لا يستحق إلا بالدخول والدخول لم يثبت إلا بقولهما، فإذا رجعا عن الشهادة فقد اعترفا أنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرمه.

فصل [12. في رجوع الشهود بعتق عبده]

وإنما قلنا: إنهما إذا شهد عليه بعتق عبده ثم رجعا أنهما يغرمان قيمته؛ لأنهما أتلفاه عليه فيلزمهما غرم قيمته كما لو شهد عليه بمال لرجل، وقلنا في المكاتب يغرمان الكتابة؛ لأنها المتلفة دون الرقبة، وقلنا في الأم: لا يغرمان؛ لأنهما لم يتلفا بشهادتهما إلا الاستمتاع ولا قيمة لذلك.

فصل [13. إذا حكم بشهادة شهود ثم قامت بينة بعد ذلك بفسقهم]

إذا حكم الحاكم بشهادة شهود قم قامت بعد الحكم بيِّنة بفسقهم فلا ضمان عليه فيما أتلف بشهادتهم، ولو قامت بيِّنة برقهم أو كفرهم ضمن، والفرق أن العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد وإذا انفرد الحاكم[1] باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله، وليس كذلك الحكم بشهادة العبيد والكفار[2]؛ لأن ذلك لا اجتهاد فيه إذ لا يخفى الكفر والرق؛ لأنهما خلافه أمر ظاهر فالحكم مع ذلك مقصر في اختبار[3] حال الشهود فضمن الحاكم بتفريطه.

---

(1) في (م): وإذا نفذ الحكم.

(2) انظر التفريع: 240/2)، الكافي: (465).

(3) في (م): تقصير اختيار وفي (ق): اجتهاد.

باب: في الدعوى والبينات

إذا تداعى[1] رجلان شيئاً فالتقسيم يرجع إلى ثلاثة أشياء:

أحدها إلى اليد.

والثاني إلى البينة.

والثالث إلى صفة الدعوى.

فأما حكم اليد فينظر فإن كانت الدعوى متساوية مثل أن يدعي كل واحد جميعه فإن لم يكن في أيديهما وكان في يد من لا يدعيه لنفسه لم يحكم لأحدهما إلا ببيِّنة فإن أقام أحدهما بيِّنة حكم له به، وإن أقام الآخر بينة نظر إلى أعدل البينتين فحكم به، فإن تساويا في العدالة[2] عرضت اليمين عليهما فإن نكل أحدهما حكم للحالف وإن حلفا قسم بينهما، وإن نكلا تركا على ما كانا عليه، وإن كان ذلك الشيء في أيديهما فالحكم فيه مثل ما لو يمكن في أيديهما سواء.

وإن كان في يد أحدهما فهو أولى به من المدعي الذي لا يد معه فيحكم له به مع اليمين، فإن نكل حلف المدعي وحكم له به، وإن نكل أقر على[3] يد من هو في يده فإن أقام المدعي بينة فالبينة أولى من اليد.

وإن أقام صاحب اليد بيِّنة حكم بأعدل البينتين، فإن تساويا سقطتا وكان صاحب اليد أولى، وسواء كانت الدعوى في ملك مطلق غير مضاف

(1) في (ق): إذا تداعيا.
(2) في العدالة: سقطت من (ق).
(3) في (ق): عليه.

إلى سبب (أو في مضاف إلى سبب)[1] يتكرر أو لا يتكرر فالمطلق أن يقيم بينة بأن(هذا العبد ملكه) وأن[2] هذا الشيء له هكذا مطلقا..

وغير المطلق هو المضاف إلى سبب وهو أن يبين سبب الملك مثل أن يقيم بيِّنة بأن هذا العبد ملكه ولد في ملكه وأن هذه الدابة نتجت في ملكه وأن هذا الثوب ملكه[3] نسج في ملكه..

ثم هذا السبب على ضربين: متكرر يمكن أن يتكرر في الملك مثل الغراس إذا قال كل واحد منهما غرسته في ملكي فهذا يمكن أن يتكرر بأن يغرس دفعتين وكذلك نسج الثوب الخز على ما يقوله أهل صنعته يمكن أن ينسج دفعتين، ومنه ما لا يمكن تكراره كالولادة والنتاج ونسج لثوب القطن.

وأما التقسيم على البينة فهو أن يقال: إذا تداعى رجلان شيئاً فلا يخلو أن يكون مع كل واحد بينة أو لا بينة أو مع أحدهما أو أن تكون البينة مع أحدهما ولا بينة مع الآخر: فإن أقام كل واحد منهما بيِّنة نظر إلى أعدلهما فحكم به، وإن تساويا عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا حكم به لصاحب اليد (منهما، أو قسِّم بينهما إن لم يكن يدا وكان في أيديهما، وإن لم تكن مع أحد منهما بينة عرضت الأيمان عليهما فإن حلفا قسم بينهما، (وإن كان مع أحد منهما يد كان لصاحب اليد)[4]، وإن كان مع أحدهما بينة ولا بينة مع الآخر حكم به لصاحب البينة سواء كان صاحب اليد أو الخارج إلا أن صاحب اليد لا يكلف بينة ابتداء لأن اليد مغنية عنها)[5].

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) ما بين قوسين سقط من (ق).
(3) ملكه: سقط من (م).
(4) ما بين قوسين سقط من ق ومن (م).
(5) ما بين قوسين سقط من (ق).

وأما التقسيم[1] على صفة الدعوة لا يخلو: أن تكون الدعوى متساوية أو مختلفة[2]:

فإن كانت متساوية فالحكم على ما ذكرناه، وإن كانت مختلفة مثل ثوب أو كيس[3] يدعي أحدهما جميعه ويدعى الآخر نصفه، أو يكون بين ثلاثة: يدعى أحدهم كله والآخر نصفه ويدعى الثالث ثلثه: فإن تقسيم اليد والبينة على ما قدمناه لا يخلو أن يكون في أيديهم أو في يد غيرهم ممن لا يدَّعيه لنفسه أو في يد أحدهم، ثم لا يخلو أن يكون مع أحدهم بينة أو أن يكون مع كل واحد منهم بينة:

فإن كان مع أحدهم بينة حكم له به سواء كان في يده أو في أيديهم أو في غيرهم، وإن كان مع كل واحد منهم بينة حكم بأعدلها أو لا بينة لهم جميعاً عرضت الأيمان عليهم ثم قسم بينهم..

فإن لم يكن في أيدهم قسم على موجب دعواهم، وإن كان في أيدهم فاختلف في ذلك على وجهين:

أحدهما أنه يقسم على عددهم، والآخر على موجب دعواهم على ما نبينه من بعد ونحن نتكلم على تفصيل الجملة[4] وموضع الخلاف منها.

فصل [1. أدلة الحكم فيما إذا لم يكن الشيء المدعى عليه في أيديهما أو كان في يد من لا يدعيه]

وإنما قلنا: إنه لم يكن الشيء المدعى عليه في أيديهما أو كان في يد من لا يدعيه لنفسه أو لم يكن في يد أحد، فإنه لا يحكم به لأحدهما إلا ببينة

---

(1) في (م): اليمين.
(2) في (ق): مختلطه.
(3) في (ق): كبش.
(4) في جملة هذه الأحكام انظر: الموطأ: (725/2-726)، المدونة: (92/4-98)، التفريع: (242/2)، الرسالة: (246-247)، الكافي: (474-478).

لقوله ﷺ: "لو أعطى الناس بدعاويهم لا دعى قوم دم قوم وأموالهم"[1]، وقال للمدعي: "شاهداك أو يمينه"[2]، ولأنهما متساويان في الدعوى لا يرجع أحدهما على الآخر فلم يكن أولى منه.

فصل [2. في الحكم لمن أقام البينة منهما]

وإنما قلنا: إن من أقام البينة منهما حكم له به لقوله ﷺ: "البينة على المدعى"[3]، وقوله: "شاهداك أو يمينه"[4] ولأنه قد أتى بالسبب الدال على صدقه فيما ادعاه فوجب الحكم به له.

وإنما قلنا: إن الآخر إذا أتى ببينة نظر إلى أعدلهما فرجحت على الأخرى، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن الزيادة في العدالة لا يقع بها ترجيح[5]؛ لأن الشهادة تقف صحتها على العدالة وهي مبنية[6] على الاجتهاد فكانت الزيادة فيها مطلوبة؛ لأنها أبلغ في التوثيق وأقرب إلى صحة ما يشهد به، ولأن الشهادة أقوى من الخبر؛ لأنه نص فيها على العدد فلم يقبل فيها قول العبد ولا المرأة بانفرادهما، وفي الخبر لم ينص على عدد ولم يمنع في العبد ولا المرأة، ثم كانت صفة العدالة يقع بها الترجيح في الخبر فمن كان (أعدل وأوثق)[7] كان أولى بأن يصار إلى خبره، كان في الشهادة أولى ولا يلزم على ما قلناه زيادة لأنه منصوص عليه فأغنى عن الاجتهاد.

---

(1) أخرجه مسلم في الأقضية باب: اليمين على المدعى عليه: (1336/3).
(2) أخرجه البخاري في الرهن باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن: (123/1)، ومسلم في الأيمان باب: وعيد من اقتطع حق المسلم: (122/1).
(3) أخرجه البخاري في التفسير باب: (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم) (166/5) ومسلم في الأقضية باب: في اليمين على المدعي عليه: (1336/3).
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) انظر: مختصر الطحاوي: (328)، مختصر المزني: (312-313)، المهذب: (334/2).
(6) في (ق): ويمين عليه.
(7) ما بين قوسين سقط من (ق).

فصل [3. إذا تساويا في الشهادة]

وإنما قلنا: إذا تساويا في العدالة سقطتا؛ لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى فكانا كمن لا بينة معهما.

وإنما قلنا: تعرض الأيمان عليهما فلأن اليمين أحد الحجج للمدعي، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر حكم به للمحالف؛ لأنه قد ساوى صاحبه بالبينة وزاد عليه باليمين فكان أرجح منه، وإن حلفا قسم بينهما لأن التقادم إذا وجد لم يكن أحدهما أولى من الآخر؛ لتساويهما فيما يقتضي الحكم به لمن يثبت له فلم يبق إلا ما قلناه.

وقد قال مالك: إلا ن يكون ذلك الشيء شيئاً[1] مما يرى الإمام أن يفق الحكم فيه فلا يسقم بينهما والنظر هو الأول.

وإنما قلنا: إنهما إذا نكلا تركا على ما كانا عليه، فلأن تساوى[2] البينتين يمنع الحكم مع إحداهما، وإنما عرضنا الأيمان عليهما ليرجع أحدهما فيحكم له فأما إذا لم يوجد ذلك فقد أضعفا دعواهما فتركا على ما كان عليه.

فصل [4. إذا كان الشيء المدعي في أيديهما]

وإنما قلنا: إن الشيء المدعي إذا كان في أيديهما فالحكم فيه مثل ما قدمناه فإنه لا رجحان لأحدهما على الآخر؛ لأن اليد وإن كان الترجيح يقع بها لمن[3] حصلت له فقد تساويا فيها فكان كتساويهما في البينة.

---

(1) شيئا: سقطت من (م).
(2) في (م): تهاتر.
(3) في (ق): أن.

فصل [5. إذا كان الشيء المدَّعى في يد أحدهما]

وإنما قلنا: إن كان في يد أحدهما كان أولى من المدعي الذي لا بينة له مع يمينه؟ لأن اليد ظاهرها يدل على الملك فقد حصل أقوى سبب من المدعي؛ فكانت البينة على الخارج.

وإنما كانت اليمين على صاحب اليد؛ لأنه مدعى عليه وقد قال ﷺ: "اليمين على المدعي عليه"[1]، ولأنه أقوى سببا باليد والحيازة، واليمين تكون في جنبة أقوى المتداعيين سببا.

وإنما لم يحكم له بمجرد اليد دون اليمين؛ لأن السبب الواحد لا يحكم به دون أن ينضاف إليه غيره كالشاهد الواحد.

فصل [6. إذا نكل المدعى عليه]

وإنما قلنا: إنه إذا نكل انتقلت اليمين (إلى جنبة المدعي؛ لأن سببه قد ضعف بنكوله فصار المدعي أقوى سببا منه فانتقلت اليمين إلى جهته)[2] كما أن المدعى عليه يكون باليمين في جنبته لقوة سببه ببراءة الذمة في الأصل وإذا كان مع المدعي شاهد انتقلت اليمين إليه لقوة سببه.

وإنما قلنا: إنه إذا حلف المدعي حكم له به؛ لأنه قد اجتمع له سببان: يمينه ونكول خصمه وذلك مؤثر في الحكم.

وإنما قلنا: إنه إذا نكل أقر صاحب اليد؛ لأن نكوله[3] أضعف دعواه وصار كأنهما لم يتأتيا بشيء ورجح الآخر عليه باليد.

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) ما بين قوسين سقط من (ق).
(3) في (م): وحصول.

فصل [7. إذا كان للمدعي بينة]

وإنما قلنا: إذا كان للمدعي بينة كانت أولى من اليد؛ لأنها أرجح منها؛ لأن البينة تشهد بما لا تشهد به اليد؛ لأن اليد مبهمة[1]، والبينة مفسرة، وإنما يحكم لليد بالظاهر ولقوله ﷺ: "البينة على المدعي"[2] ولم يفرق، وفائدة ذلك أنه إذا أقامها حكم له بها.

وإنما قلنا: إن صاحب اليد إذا أقام بينة رجح بأعدل البينتين لما بيناه أن: الغرض بالبينة العدالة، والحكم بها موقوف على حصولها فوجب الترجيح بالزيادة فيها.

فصل [8. إذا تساوى المدعيان]

وإنما قلنا: إنهما إذا تساويا حصل التهاتر وحكم به لصاحب اليد خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن بينة الخارج أولى إذا كانت في مال مطلق أو مضاف إلى سبب يتكرر[3] لما روي أن رجلين تداعيا عند النبي ﷺ بعيرا فجاء هذا ببينة فقضى به لمن هو في يده[4]، ولأنهما متداعيان يتساويا في إقامة البينة وانفراد أحدهما باليد فوجب أن تقدم بينته لأجل اليد أصله الدعوى في الملك المضاف إلى السبب لا يتكرر كالولادة والنتاج[5]، ولأن كل واحد منهما مساوٍ لصاحبه في الدعوى قبل البينة إلا أن صاحب اليد أقوى وأرجح بثبوت يده على الشيء المدعى فلما انفرد بذلك قوِيَ أمره فقُدِّم على المدعي لرجحانه باليد، وهذه حالهما بعد البينة؛ لأنهما تساويا فيها

---

(1) في (م): متهمة.

(2) سبق تخريج الحديث.

(3) انظر: مختصر الطحاوي: (353-354)، نختصر القدوري- مع شرح الميداني: (4/32-34).

(4) أخرجه الدارقطني: (4/209)، والبيهقي: (10/256)، وإسناده ضعيف (تلخيص الحبير: 4/210)، وقال صاحب مجمع الزوائد: (3/206)، ورواه الطبراني في الكبير، ورجال أحدهما رجال الصحيح.

(5) في ق النكاح.

وسقطتا فصار كأنهما لم يكونا فانفرد صاحب اليد بيده كما كان قبل البينة.

وإنما عرضنا الأيمان عليهما بعد تهاتر البينتين اعتباراً بحال الابتداء.

فصل [9. الاختلاف في الدعوى]

فأما اختلاف الدعوى مثل أن يتداعى رجلان ثوبا أو كبشاً[1] وهو بأيديهما يدعي أحدهما الكل والآخر النصف، أو ثلاثة ويدعي الثالث الثلث فقد ذكرنا أن أصحابنا يختلفون في كيفية قسمته بينهم فمنهم من يقول: تقسم بينهم على عدد المدعين[2] بالتسوية، ومنهم من يقول: يقسم بينهم على صفة اختلاف الدعوى.

وصورة القول الأول أن يتداعى رجلان كبشاً أو ثوباً وهو بأيديهما يدعى أحدهما الكل والأخر النصف فيكون بينهما نصفين وكذلك إن ادعاه ثلاثة يدعي الثالث الثلث يكون بينهم أثلاثا، وصورة الحكم على موجب الاختلاف في الدعوى في المسألة الأولى أن يحكم لمدعي الكل بثلاثة أرباع المدعي ولمدعي النصف بربعه فيقسم بينهم على أربعة أسهم.

وفي المسألة الثانية إذا ادعى أحدهم الكل والثاني النصف والثالث الثلث يقسم بينهم على ستة وثلاثين جزءاً[3]: منها لمدعي الكل خمسة وعشرون ولمدعي النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة أسهم:

واحتج من ذهب إلى القول الأول بأنهم متساوون[4] في أسباب الحكم والترجيح ، لأنهم قد تساووا في اليمين وفي الحيازة؛ لأن مدعى الأكثر مساوٍ

(1) (م): كيسا.
(2) في (م): المتداعين.
(3) في (م): سهما.
(4) في (ق): متساويان.

لمدعى الأقل في اليد؛ وإنما يزيد عليه بالدعوى وذلك لا يوجب زيادة في الحيازة، وإذا لم يكن معهم ما يرجح به أحدهم على الآخر وجب تساويهم في القسم فأما إذا لم يكن في أيديهما فعلى موجب الاختلاف.

واحتج من ذهب إلى القول الثاني بأن قال: إذا ادعى أحدهما الكل وادعى الآخر النصف فمدعى النصف مقر بأنه لا حق له في النصف الآخر فصار النصف الذي يدَّعيه كان كمدَّعي الكل قد حازه وليس أحد يخاصمه فيه فيكون له ويصير التداعي في النصف الباقي فيقسم بينهما لتساويهما في حيازته، وكذلك في المسألة الثانية يقال لمدعي النصف ومدعي الثلث: أنتما مُقِرّان بأن النصف الباقي لاحق لكما فيه فسلماه إلى مدعيه إذ لا خصومة بينكما وبينه فيه فيصير النصف لمدعي الكل، (ويحصل التداعي بين مدعي النصف ومدعي الثلث)[1] فيقال لمدعي الثلث: أنت معترف بأن السدس الزائد على الثلث لاحق لك فيه فسلمه إلى من يدعيه، فيصير بين مدعي الكل سبعة وبين مدعي النصف وأيديهما متساوية فيه ليقسم بينهما نصفين فيصير بين المدعي الكل سبعة أسهم من اثنى عشر سهما ولمدعي سهم من اثنى عشر بهما، ثم يبقى الثلث وهم يتداعونه بالسوية وأيديهم عليه متساوية فيقسم بينهم على موجب دعواهم بالسوية فيكون لكل واحد سهم وثلث (فيصير لمدعي الكل ثمانية وثلث من اثنى عشر سهماً، ويصير لمدعي النصف سهمان وثلث من اثنى عشر سهماً، ولمدعي الثلث سهم وثلث)[2] فيضرب في مخرج الكسر لتسلم السهام فيكون ستة وثلاثين وكذلك الاعتبار في اختلاف التداعي في الأنصباء.

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) ما بين قوسين من (ق).

ومن أصحابنا من يقول في التداعي: إذا اختلف ما يدَّعيه كل واحد منهما أنهما إذا أجمعت الدعاوي فكانت زيادة على المال كالعول قسم بينهم على موجب العول فضم الدعوتين ثم ينظر إلى ما اجتمع بيده، فجعل النصاب الذي يقسم عليه، وهذا على القول بأن القسم موجب الدعوى وبيانه:

إذا تداعى رجلان ثوباً وادعى أحدهما جميعه والآخر نصفه يكون كأن المسألة عالت بالنصف فيكون من ثلاثة: لمدعي الكل الثلثان ولمدعي النصف الثلث.

(وإذا ادعى أحدهما الكل والآخر النصف والآخر الثلث)[1]: قسم المدعى بينهم على أحد عشر سهما لمدعي الكل ستة، ولمدعي النصف ثلاثة، ولمدعي الثلث اثنان قال: لأنهم إذا تساووا في اليد وضاق المال على الدعاوى لم يكن أحدهم بأولى من الآخر فيجب أن يتساووا في النقص[2].

فصل [10. إذا تداعيا ثوباً بأيديهما]

ولو تداعيا ثوباً بأيديهما فقال أحدهما: لي نصفه، والنصف الثاني لزيد، وقال الآخر: لي نصفه، ونصفه لزيد ولا شيء لك فيه: قسم بينهما؛ لأن كل واحد منهما يقر للغائب بنصيب الآخر الذي قد حازه فلا يكون للمقر له شيء[3].

فصل [11. فيمن ادعى تزوج امرأة تزويجا صحيحا]

إذا ادعى أنه تزوج امرأة تزويجاً صحيحاً سمعت دعواه ولم يكلف أن يذكر شرائط النكاح[4] خلافاً لأحد قولي الشافعي في قوله: إن الدعوى لا تسمع

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (4/97-98)، التفريع: (2/242-243).، الكافي: (481-482).
(3) انظر: المراجع السابقة.
(4) انظر: الكافي: (480).

إلا بأن يذكر شروط الصحة فيقول تزوجتها بولي وشهود عدول بإذنها إن كانت ممن تستأذن[1]:

ودليلنا أنه دعوى عقد صحيح فوجب استماعها أصله إذا ذكر[2] شروط صحتها، ولأنه عقد معاوضة فوجب أن يسمع الدعوى فيه على الصحة مجملة من غير اعتبار بذكر شروط الصحة أصله البيع.

فصل [12. إقرار أحد الابنين بمن ادعى دينا على أبيهم الميت]

إذا مات رجل وترك ابنين فادعى رجل على الميت دينا فأقر له أحدهما فإن كان ممن تقبل[3] شهادته (وشهد له به حلف المدعي واستحق جميع الدعوى، وإن كان ممن لا)[4] تقبل شهادته ولكنه لم يكن يشهد لزمه نصف ما اعترف له به وهو مقدار ما كان نصيبه لو اعترف الابن الآخر أو قامت له بينة[5] وقال أبو حنيفة يلزم المقر الإرث في حصته[6].

وإنما قلنا: إنه إن شهد به لزم مع اليمين جميع الدعوى؛ لأنها دعوى مال فقبل فيها الشاهد مع اليمين كسائر الدعوى.

وإنما قلنا: إن شهادة الابن مقبولة لأن شهادة الأخ على أخيه مقبولة فيما يتعلق بدفع معرة عن الشاهد أو الأخ، ولأن التهمة عنه زائلة في ذلك.

وإنما قلنا: إنه يلزمه بإقراره؛ لأنه مقر بأن غيره يستحق مالا في يده فلزمه دفعه إليه.

---

(1) انظر: الإقناع: (198).
(2) في (ق): إذا أنكر.
(3) في (ق): ممن لا تقبل.
(4) ما بين قوسين سقط من (ق).
(5) انظر المدونة: (104/4)، الكافي: (481،459).
(6) انظر مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (87/2).

وإنما قلنا: إنه لا يلزم الآخر شيء بإقرار أخيه، لأن إقرار الإنسان[1] على غيره غير مقبول.

وإنما قلنا: لا يلزم المقر أكثر من قدر ما كان يلزمه لو أقر الآخر؛ لأن إقراره عليه وعلى أخيه فلم يلزم ظلم غيره، ولأنه معنى يستحق في المال مقدم على الميراث فوجب إذا اعترف به بعض الورثة أن تلزمه في حصته دون حصة من لم يعرف أصله الوصية.

فصل [13. اختلاف الزوجين في متاع البيت]

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بينة لهما ولا لأحدهما نظر:

فإن كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها، وإن كان من متاع الرجال فهو لرجل مع يمينه.

وقال سحنون: ما يعرف لأحدهما فهو له بغير يمين وما كان يصلح لهما جميعا فهو للرجل مع يمينه.

وقال المغيرة: هو بينهما بعد أيمانهما وسواء كان اختلافهما قبل الطلاق أو بعده كانت الدار بينهما أو لأحدهما أو بكراء، كان الاختلاف منهما أو من ورثتهما أو من ورثة أحدهما مع حياة الآخر، كانا حرين أو عبدين أو أحداهما، كانت الزوجة مسلمة أو ذمية.

والمتاع الذي يصلح للنساء كالحلى وثياب النساء والغزل والجهاز، والمتاع والذي يصلح للرجل كالسيف والدرع والرمح وسائر السلاح وثياب الرجل وكتب العلم والأدب، والذي يصلح لهما جميعاً كالدراهم والدنانير وغير ذلك

(1) الإنسان: سقطت من (ق).

مما لا يختص في العرف بأحدهما سواء كانت أيديهما عليه شاهدة مثل أن يكونا قابضين عليه حكماً مثل خشبة موضوعة في الدار[1].

ووافقنا أبو حنيفة في ذلك كله إلا في الذي يصلح لهما فإنه فرَّق في ذلك بين الرجل إذا كان حياً أو ميتاً فقال: إن كان حياً فهو له وإن كان ميتاً فهو للمرأة[2]، وقال الشافعي: من أقام البينة على شيء فهو له وإلا كان بينهما بعد أيمانهما[3].

فصل [14. في أن ما يصلح لأحدهما يكون له]

وإنما قلنا: إن ما يصلح لأحدهما يكون له؛ لأن اليد لما كانت مؤثرة في الملك ودلَّت عليه، بدليل أن من ادعى عمامة على رأس رجل فإن القول قول من هي عليه، وقد ثبت أن لكل واحد من الزوجين يدا في الدار بدليل أن أجنبياً لو ادعى بعض ما فيه فتنازعاه أو أحدهما فيكون القول قوله دون الأجنبي فوجب إذا تنازعا أن يعتبر أظهرهما في الدعوى ومن يشهد له العرف بقوة دعواه، وقد ثبت أن اليد تتفاضل فيكون بعضها أقوى من بعض كالراكب والممسك باللجام، وإذا ثبت ذلك وجب أن يكون أقوى اليدين أولاهما بالمدعي لشهادة العرف له.

ولا يلزم عليه الدباغ والعطار إذا تنازعا فادعى الدباغ المِسك وادعى العطار الجلود؛ لأن أيديهما غير متساوية، وقد ورد الظاهر والسنة بما قلناه وهو قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[4]، وقوله عز وجل في قصة يوسف عليه السلام[5] ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ﴾[6] فجعل قوة دعوى كل

(1) في جملة هذه الأحكام انظر: المدونة: (97/4)، الكافي: (482).
(2) انظر مختصر الطحاوي: (228)، مختصر القدوري - مع شرح الميداني: (50/4).
(3) انظر الأم: (95/5)، مختصر المزني: (318)، الإقناع: (198).
(4) سورة الأعراف، الآية: 199.
(5) عليه السلام سقطت من (م).
(6) سورة يوسف، الآية: 26.

واحد منهما على ما يشهد عليه الغالب، فكذلك في مسألتنا الغالب والعرف أن النساء يتخذن ما يصلح لهن والرجال يتخذون ما يصلح لهم وإذا صح ذلك ثبت ما قلناه.

وروي أن رجلان تنازعا في خص[1] فحكم به لصاحب القمط[2][3]، وهو يؤيد ما نقوله من الحكم بالأشبه في الدعاوى.

فصل [16. الحكم فيما كان يصلح لهما]

ووجه قوله إنه يحكم به لمن يصلح له بيمينه أن الحكم في الأصول لا يكون إلا بشيئين فلم يجز الحكم له بمجرد العرف لأن ذلك حكم بسبب واحد.

ووجه قول سحنون إنه له بغير يمين أن يده والعرف الشاهد له سببان فلم يحتج إلى يمينه.

ووجه قول مالك إن ما كان لهما كان للرجل أن جنبته[4] أرجح؛ لأن البيت له وهي تابعة له فيه ، والظاهر ما يكون في بيت الرجل له إلا ما يشهد العرف أن الأغلب كونه للمرأة، وإنما شرطنا اليمين ليحصل له سببان يحكم له بهما..

ووجه قول المغيرة إنه بينهما وأن أيديهما متساوية ولا شبهة فيحكم به، والبيت منسوب إليهما لا إلى الرجل وحده فلم يبق إلا أن يكون بينهما بعد[5] أيمانهما كالمتداعيين شيئاً بأيديهما.

---

(1) الخص: هو البيت من القصب (المصباح المنير: 171).
(2) في (ق): لصاحب المقص.
(3) سبق تخريج هذا الخبر.
(4) في م و ر: جهته.
(5) في (ق): مع.

فصل [17. في عدم التفريق إذا كان الزوجين حرين أو عبدين]

وإنما لم نفرق بين أن يكونا حرين أو عبدين وسائر ما ذكرناه؛ لأن كل ذلك لا يؤثر في الدعوى بقوة ولا ضعف ولا شبهة فلذلك استوى الحكم في جميعه.

وإنما لم نفرق بين الحياة أو الموت؛ لأن الورثة يقومون مقام مورثهم على سبيل ما كان له أن يفعل ألا ترى أنه لو اشترى بالخيار لم يكن لهم أن يفرقوا المبيع على البائع وكان لهم اختيار الجميع أو رده وكذلك ها هنا.

فصل [18. إذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد واحد]

إذا مات رجل وعليه دين وله دين فيه شاهد واحد فللورثة أن يحلفوا مع الشاهد ويستحقوا الدين، فإذا حلفوا وأخذوا المال قضي منه الدين ثم أخذوا (الباقي ميراثاً ، فإن لم يفضل شيء فهم مخيرون إن شاءوا حلفوا مع الشاهد ويستحقون الدين، فإذا حلفوا أخذوا المال فقضوا منه الدين ثم أخذوا)[1] فضلا إن كان وإن شاءوا لم يحلفوا، وليس للغرماء إجبارهم على اليمين فإن لن يحلفوا حلف الغرماء واستحقوا الدين في ديونهم، فإن كان فيه فضل عن ديونهم لم يستحقه الورثة، فإن أرادوا من بعد أن يحلفوا لم يكن لهم ذلك إلا أن يكون لامتناعهم أولا وجه مثل- أن يقولوا: لم نعلم أنه يفضل منه شيء، وكنا نرى أن الدين يستغرقه فيكون لهم أن يحلفوا (ويستحقوا الباقي، وإن كان امتناعهم على وجه النكول والترك لم يكن لهم أن يحلفوا من بعد وكذلك)[2] لو ادعى إنسان على الورثة أن ميتهم أوصى له بمال وأقام على ذلك شاهدا واحدا فله أن يحلف معه فإن نكل الوارث أو مدعي الوصية للورثة وبرأ وحلف الورثة لمدعي الوصية وبرؤوا من نكل منهم لزمه ما يدعي

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).

(2) ما بين قوسين سقط من (م).

عليه مع الشاهد، ويقيم الورثة الذين بقدر مواريثهم والموصى لهم يقسمون على حسب ما يدعي من الوصية، وإن حلف بعضهم ونكل بعضهم فلمن حلف نصيبه من الدين أو الوصية ولا شيء لمن لم يحلف، ولا يشارك الحالف في قسطه ولكن يعرض اليمين على المدعى عليه ويكون الحكم على ما بيناه[1].

فصل [19. في حلف الورثة مع شاهد ميتهم]

وإنما قلنا: إن للورثة أن يحلفوا مع شاهد ميتهم؛ لأنهم يقومون مقام (المورِّث في حقوق الإرث فلما كان للميت لو كان باقيا أن يحلف مع شاهده كان ذلك)[2] للورثة بعده.

وإنما قلنا: إنهم إذا أخذوا المال بالشاهد وأيمانهم قضوا منه الدين ثم ورثوا الباقي لأن الدين مقدم على الميراث[3] لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[4] فإذا قضوا استحقوا.

وإنما قلنا: إنه كان الدين مستغرقاً للتركة فلا شيء للورثة؛ لأن الإرث بعد الدين[5] فإذا تزاحما فالدين مقدم عليه؛ وإنما قلنا: إن لهم أن يحلفوا مع استغراق الدين للإرث ولا يضرهم أن يستحق المال غيرهم؛ لأن الحق في التقديم لهم؛ لأنهم يقومون مقام الميت، ولأنهم لو أدوا الدين من غير التركة لكان ذلك لهم ولم يكن للغرماء الاعتراض عليهم.

وإنما قلنا: إنهم مخيرون؛ لأن الحق في ذلك لهم فإن شاءوا أخذوا وإن شاءوا تركوه.

---

(1) انظر: المدونة: (109/4)، الكافي: (483).
(2) ما بين قوسين سقط من (م).
(3) في (م): على الوارث.
(4) سورة النساء، الآية: 11.
(5) في (م): نفعا للورثة.

وإنما قلنا: أنه ليس للغرماء إجبارهم على الحلف؛ لأنهم يقولون: لا فائدة لنا في اليمين على ما إذا استحق لم يكن لنا فيه حظ، وكذلك إن كان فيه فضل فلهم أن يقولوا لسنا نختار أن نأخذ بيمين فيكون ذلك لهم.

وإنما قلنا: للغرماء: أن يحلفوا إذا نكل الورثة خلافاً للشافعي في قوله: ليس لهم ذلك[1]، لأن الدين حق متعلق بالتركة[2] فجاز لمستحقه أن يحلف مع الشاهد الميت أصله حق الإرث.

وإننا قلنا إنه إن كان فيه فضل عن ديونهم لم يستحقه الورثة؛ لأن الإنسان لا يستحق بيمين غيره شيئاً إذا كان ممن له أن يحلف.

وإنما قلنا: إن لهم أن يحلفوا ويستحقوا الفضل؛ لأنهم يستحقون ما يتركه الميت فكان لهم أن يحلفوا ويستحقوا الفضل؛ لأنهم يستحقون ما يتركه الميت فكان لهم أن يحلفوا عليه وليس امتناعهم أولا من اليمين بمانع لهم الآن منها لأنهم يقولون لم نر أن نحلف على ما يأخذه غيرنا، فأما إذا فضل ما نأخذه فإنا نحلف عليه وهذا عذر مسوغ[3].

وإنما يمنع أن يحلفوا بعد ترك اليمين؛ لأن نكولهم قد أسقط حقهم.

وإنما قلنا: إن للمدعي له أن يحلف مع شاهده؛ لأنه يستحق من تركة الميت وما وُصيَّ له به، فإن لم يحلف فقد تقدم بيان النكول ورد اليمين وكذلك باقي المسألة.

---

(1) انظر الأم: (94/6)، مختصر المزني: (309-310).
(2) في (م): بالشركة.
(3) مسوغ: سقطت من (ق).

فصل [20. في الدعوى التي لا يجب فيها اليمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى]

كل دعوى لا يقبل فيها شاهد وامرأتان ولا شاهد ونكول ولا يقبل فيه إلا شاهدان فلا يجب اليمين فيها على المدعى عليه بمجرد الدعوى، وذلك مثل دعوى النكاح والرجعة والطلاق وقتل العمد وما أشبه ذلك:

فإذا ادعى رجل على امرأة أنها زوجته، أو امرأة على رجل أنه زوجها أو أنه طلقها فلا يمين على المنكر منهما بمجرد الدعوى (وذلك مثل دعوى الناكح)[1] فإن أقام المدعي شاهدا واحدا حلفا المدعى عليه وإن نكل ففيها روايتان:

إحداهما أنه يحكم عليه، والأخرى أنه يحبس حتى يحلف فإن طال حبسه خلي، واليمين على هذه الرواية استظهارا واحتياطا[2].

وإذا قلنا إنه لا يحلف بمجرد الدعوى فلا يتصور على هذا رد اليمين على المدعي؛ لأن ذلك لا يكون إلا بنكول المدعي عليه، والنكول لا يكون بعد توجه اليمين إليه، وعند الشافعي في هذه المسائل: أن اليمين تلزم المدعي عليه فإن نكل ردت على المدعي فإن حلف حكم له[3]:

فدليلنا على أن اليمين لا تلزم ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: "إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها لم يحلف بدعواها إلا أن يتأتى بشاهد فإن كان معها شاهد حلف"[4] وهذا نص، ولأن ذلك

---

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).

(2) انظر: المدونة: (72/4)، التفريع: (243/2)، الرسالة: (245)، الكافي: (479).

(3) انظر: الأم: (38/7)، مختصر المزني: (309)، الإقناع: (198).

(4) أخرجه ابن ماجه بلفظ قريب منه "إذا ادعت امرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشهادة، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه" في الطلاق، باب: الرجل يجحد الطلاق: (657/1)، وفي الزوائد: هذا إسناد صحيح ورجال ثقات.

ذريعة إلى امتهان النساء بالأزواج فلا تشأ امرأة أن تؤذي زوجها إلا ادعت عليه الطلاق لتحلفه، وذلك إضرار بالناس فيجب منعه على ما بيناه من الذرائع، ولا يلزم عليه دعوى الأموال؛ لأنها أخفض رتبة والإجماع على خروجها عن حكم هذا الأصل.

فصل [21. الدليل على أن اليمين لا ترد فيما لا تقبل فيه إلا شاهدين]

ودليلنا أن اليمين لا ترد فيما لا تقبل فيه إلا شاهدين أنا وجدنا الشاهد والمرأتين أقوى من اليمين والنكول؛ لأن النكول من غير جنبة المدعي، ولأنه لا يحتاج إليهم[1] مع المرأتين، وإذا ثبت ذلك كان الطلاق والنكاح لا يحكم فيه بشاهد والمرأتين كان بأن لا يحكم فيه بالشاهد والنكول وبالنكول واليمين أولى.

فصل [22. إذا كانت له بينة وعدل عنها إلى يمين المدعي عليه]

إذا كان له بيِّنة حاضرة وكان عالماً بها قادراً على إقامتها فعدل عنها إلى يمين المدعى عليه ثم أراد إقامتها من بعد ففيها روايتان[2]: إحداهما أن ذلك له والأخرى أنه ليس له ذلك.

فوجه الأولى أنها حال لو أقر فيها المدعي عليه لثبت الحق عليه فوجب إذا أقام فيها المدعي البينة أن يكون له ذلك أصله قبل أن يحلف، ولأنها بينة لو أراد إقامتها قبل اليمين لكان له ذلك فوجب ألا يقطعها اليمين أصله إذا كانت غائبة أو كان لا يعلم بها.

ووجه الثانية قوله ﷺ: "شاهداك أو يمينه"[3] فجعل له أحدهما إذا استوفاه لم يكن له الآخر، ولأنه لو قال للحاكم: أريد أن تجمع لي بين الأمرين بين

(1) في (م): إليه.
(2) انظر المدونة: (4/72-73)، التفريع: (2/245)، الرسالة: (245).
(3) سبق تخريج الحديث.

يمينه وبينتي لم يكن له ذلك فدل على ما قلناه، ولأن عدوله إلى اليمين مع قدرته على البينة رضا بها فلم يكن له نقض موجبها كما لو صالح ثم أراد الرجوع في الصلح.

فصل [23. في يمين الإنسان على فعل نفسه وعلى فعل غيره]

يمين الإنسان على فعل نفسه يكون على القطع، وعلى فعل غيره يكون على العلم مثل أن يدعي على رجل مالا، فيقر له به ويزعم أنه قضاه إياه فيحلف أنه ما قضاه قطعا.

ولو ادعى أن لأبيه عليه مالا وأنه ورثه عنه، فزعم المدعى عليه أنه قد قضاه إياه حلف على العلم أنه لا يعلم أباه اقتضى منه شيئاً.

والفرق بينهما أنه يقدر على العلم باقتضائه نفسه ولا يصل إلى العلم باقتضاء أبيه .

والصغير يحلف مع شاهد أبيه على إثبات الحق إذا بلغ، ولو كان للميت شاهد بحق له ولد صغير سمع الحاكم شهادة شاهده ثم عرض اليمين على المدعى عليه فإن حلف لم يسقط الدعوى عنه ويؤخر إلى أن يبلغ الصبي فيحلف ويأخذ[1].

وإنما عرضنا اليمين على المدعى عليه لجواز أن ينكل فيثبت الحق ولا يحتاج إلى انتظار بلوغ الصبي[2] فلما لم ينكل كان الحق باقيا للصبي.

(1) انظر التفريع: (2/243-244)، الكافي: (472).
(2) في (م): إلى انتظار بلوغه.

فصل [24. فيمن كانت له دار يتصرف فيها مدة عشر سنين فأكثر ثم جاء من يدعيها...]

إذا كانت في يد رجل دار حائز لها يتصرف فيها مدة عشر سنين فأكثر بالبناء والهدم والإجارة والعمارة ينسبها إلى نفسه ويضيفها إلى ملكه، وإنسان يراه ويشاهده طول هذه المدة ولا يعارضه فيها ولا يذكر أن له فيها حقا ولا مانعاً يمنعه مطالبته من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق، ولا بينه وبين المتصرف في الدار قرابة أو شركة في ميراث أو ما أشبهه مما يتسامح به القرابات والصهر بينهم في إضافة أحدهم أموال الشركة إلى نفسه بل كان عريا من ذلك أجمع، ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعيها لنفسه ويزعم أنها له ويقيم بيِّنة بذلك فعندنا أن بيِّنته غير مسموعة ويكون صاحب اليد أولى بها[1].

وإنما قلنا: ذلك لأن كل دعوى ينفيها العرف وتكذبها العادة فإنها غير مقبولة لقوله تعالى: ﴿وَأۡمُرۡ بِٱلۡعُرۡفِ﴾[2]، وأوجب الرجوع إليه عند الاختلاف[3] في الدعاوي كالنقد والحمولة والسير وغير ذلك وفي الأبنية ومعاقيد القمط ووضع الجذوع على الحائط فكذلك في هذا الموضوع.

وقد علمنا أن الإنسان في العادة إذا كان له ملك يراه في يد غيره يتصرف فيه تصرف ذي الملك التام بالهدم[4] والبناء والعمارة والإجارة والرهن وغير ذلك وينسبه إلى ملكه، وهذا حاضر يراه ويشاهده ولا ينازعه ولا يدعي معه شيئاً ولا مانع يمنعه من مطالبته ولا يذكر أنه ملكه ولا يعارض فيه بل ساكت ثم يأتي بعد سنين طويلة ومدة بعيدة فزعم أنه مكله ويقيم البينة

---

(1) انظر المدونة: (89/4)، التفريع: (242/2)، الكافي: (468).
(2) سورة الأعراف، الآية: 199.
(3) عند الاختلاف: سقطت من (م).
(4) التام: سقطت من (م).

على ذلك، فإن ذلك خلاف العادة؛ لأن الإنسان لا يسكت[1] على ما يجرى هذا مجرى ولذلك قلنا: إنه إن كان غائبا سمعت بينته؛ لأنه لا عرف يكذب قوله وكذلك إذا كانت في يد السلطان يخافه إن أقام البينة.

وإنما قلنا: إن الحيازة من الأقارب لا تمنع الدعوى كجري العادة بإبساط بعضهم في إضافة الملك المشترك إليه وترك تشاحيهم فيها وإنما تبقى[2] مدة طويلة إضافة غير مقسومة بل على شركة المواريث المتداولة ففارقوا الأجانب.

فصل [25. التغليظ في الأيمان]

التغليظ في الأيمان عندنا بالمكان والزمان[3] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: لا يغلظ في المكان[4] لقوله ﷺ: "من حلف على منبري هذا على يمين كاذبة ولو على سواك من أراك فقد تبوأ مقعده من النار"[5]، ولأن أبا بكر وعمر رضوان الله عليهما استحلفا عند المنبر[6]، وروي أن عمر رضي الله عنه طولب بذلك في يمين توجهت عليه فافتدى ولم يحلف[7]، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لرجل- أحلف بالطلاق فقال لامرأته: حبلك على غاربك- تحلف بالله عند المنبر لما أردت الطلاق[8]، ونحوه عن ابن عباس[9] فدل على أنه إجماع، ولأن اليمين تراد لزجر وردع وليتحرج الحالف ويمتنع من الإقدام على يمين إن كان مبطلاً بها ويخرج من حق إن كان، وقد ثبت أن الحلف في المواضع التي

(1) في (ق): لا يسكتون.
(2) تبقى: سقطت من (ق).
(3) انظر: الموطأ: (728/2)، المدونة: (71/4)، التفريع: (243)، الرسالة: (245).
(4) في مختصر القدوري- "ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا بمكان": (41/4).
(5) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور باب: تعظيم اليمين عند منبر النبي ﷺ:" (567/3)، وابن ماجه في الأحكام باب: اليمين عند مقاطع الحقوق: (779/2)، ومالك: (727/2)، وأحمد: (329/2)، وسنده صحيح (الهداية في تخريج أحاديث بداية المجتهد: 655/8).
(6) أخرجه البيهقي: (177/10).
(7) أخرجه البيهقي: (177/10).
(8) انظر البيهقي: (343/7).
(9) انظر: الشافعي في الأم: (36/7)، والبيهقي: (177/10).

تعظم وتشرف أبلغ في الردع وأوقع في الزجر من الحلف في غيرها فوجب أن يكون أولى.

إذا ثبت هذا فالمواضع في البلد الذي يكون فيه الخصومة: ففي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ لأنه أشرف المواضع بها، وللخبر الذي رويناه، وفي سائر البلاد في أشرف البقاع بها وأعظمها حرمة وذلك في المسجد الجامع أو غيره مما يشرف به ويعظم.

وتغلظ على اليهود والنصارى فيحلف اليهودي في كنيسته والنصراني في بيعته؛ لأن هذه المواضع هي أعظم مواضعهم عندهم، ولأن التغليظ بذلك إنما الغرض به الردع والزجر فهي في المواضع التي يعتقدون تعظيمها أبلغ فيما يراد.

فصل [26. الحقوق التي تغلظ فيها الأيمان]

فأما الحقوق التي تغلظ فيها فينظر فإن كانت الدعوى في غير المال مثل الدماء والطلاق والعتاق وما أشبه ذلك فإن اليمين[1] تغلظ في ذلك كله، وإن كانت الدعوى في مال فلا تغلظ فيه عن المنبر في التافه اليسير وهو ما دون ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق، وتغلظ في ربع دينار وفي ثلاثة دراهم فصاعدا[2]، وقال الشافعي: تغلظ في العشرين ديناراً دون ما قصر عنها[3]، وقال بعض المتأخرين: تغلظ في القليل والكثير[4].

ودليلنا على أنه لا تغلظ في اليسير ما روي أن عبد الرحمن بن عوف ﵁ رأى رجلا يحلف عند المنبر فقال: أعلى دم، فقال: لا، فقال: على عظيم

(1) في (م): الأيمان.
(2) انظر: الموطأ: (728/2)، التفريع: (244/2)، الكافي: (480).
(3) انظر: الأم: (36/7)، مختصر المزني: (308).
(4) قاله ابن جرير (المغني: 229/9).

من المال فقال: لا، فقال: لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المكان[1]، ولم ينكر ذلك عليه أحد فثبت تقدير المحلوف عليه، ولأن المقصود من التغليظ الردع والزجر بحرمة الموضع المحلوف عنده فيجب أن يكون ذلك فيما له خطر وقدر إعظاماً للموضع وتأكيد لحرمته.

ودليلنا على أنه تغلظ في ربع دينار أنه قدر من المال تثبت به حرمته في الشرع بدليل أنه يقطع فيه اليد وأنه أقل ما يستباح بع البضع فجاز فيه كنصاب الزكاة، ولأنه خارج عن التفاهة والنذارة بدليل ماروي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لم يكن رسول الله ﷺ يقطع في التافه وكان يقطع في ربع دينار[2].

فصل [27. فيما يستحب فيه التغليظ في الزمان]

وأما التغليظ في الزمان فيستحب في الدماء واللعان أن يكون الحلف بعد صلاة العصر لقوله عز وجل: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ﴾[3] قيل في التفسير: بعد صلاة العصر[4]، وفي الحديث أن النبي ﷺ قال: "ثلاثة لا ينظر إليهم: فذكر من حلف يمينا كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال امرئ مسلم"[5]، ولأن أدبار الصلوات أوقات مشرفة معظمة ترجى فيها إجابة الدعاء ويتقرب الإنسان إلى الله تعالى بالتسبيح والذكر فيها فهي أبعد من اكتساب الآثام بالأيمان الكاذبة، واختير بعد صلاة العصر؛ لأنه وقت يجتمع فيه الناس وربما ردع ذلك الحالف به.

(1) أخرجه الشافعي في الأم: (36/7)، والبيهقي في سننه: (176/10).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) سورة المائدة، الآية: 106.
(4) انظر تفسير الطبري: (109/7).
(5) أخرجه البخاري في المساقاة، باب: إثم من منع ابن السبيل من الماء: (75/3-76)، ومسلم في الأيمان باب: بيان غلظ الأسبال: (103/1).

فصل [28. في كون لا مدخل للتغليظ في الأيمان بالألفاظ]

لا مدخل للتغليظ في الأيمان بالألفاظ ولا تزاد في الحلف على أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو فقط[1]، وقال الشافعي: يزاد على ذلك عالم خافية الأعين وما تخفى الصدور والذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية[2]، وما أشبه ذلك[3] ودليلنا أن هذه الصفات لا غاية لها ولا حصر فلم يكن بعضها بأن تغلظ اليمين به أولى من بعض فوجب الاقتصار على حلف باسمه تعالى ووصفه الأخص الذي لا زيادة عليه وله مزية على سائر الصفات.

فصل[29. في كيفية إحلاف اليهودي والنصراني]

ولا يزاد في إحلاف اليهودي أن يقال الذي أنزل التوراة علي موسى، ولا في إحلاف النصراني أنزل الإنجيل على عيسى[4] خلافاً للشافعي[5]؛ لأن ذلك معنى زائد على التغليظ في صفات اليمين لا يجب في حق المسلم فنقول لأنها يمين وجبت في حق فلم يزد فيها على لفظ الإخلاص أصله في حق المسلم، ولأنه كافر فلم يزد في إحلافه على اسم الله وصفة الإخلاص كالوثني، ولأن زيادة هذه الصفات إن كانت لاختصاص الكتابيين بها فيجب أن يزاد الذي كلم موسى على الطور وغير ذلك فيجب أن يزاد على الوثني اللاة والعزى؛ لأن ذلك هو الذي يعظم وذلك باطل.

---

(1) انظر: التفريع: (243/2)، الرسالة: (245)، الكافي: (479).
(2) في (م): الجهر.
(3) انظر: الأم: (99/6)، مختصر المزني: (309).
(4) انظر: المدونة: (72/4)، التفريع: (244/2)، الكافي: (480).
(5) انظر: مختصر المزني: (309).

فصل [30. في الحلف قائماً واستقبال القبلة في ذلك]

يحلف قائماً في كل الحقوق[1]؛ لأن ذلك أبلغ في الردع والزجر، وأما استقبال القبلة فقيل: إنه لا يحتاج إليه؛ لأنه لما لم يغلظ بأن يحلف عندها لم يغلظ باستقبالها كسائر المواضع، وقيل يستقبل بالحالف القبلة لقوله ﷺ: "خير المجالس ما استقبل به القبلة"[2]، لأن ذلك أردع له وأزجر، ولأن استقبال القبلة يعظمها المسلمون ما لا يعظمون[3] الانحراف عنها، ألا ترى أنه يفعل بالمحتضر وفي الدفن وعند الذبح والآذان فكذلك في اليمين.

فصل [31. في افتداء اليمين]

يجوز افتداء اليمين وهو أن يبذل شيئاً لتسقط عنه[4]؛ لأنه إجماع الصحابة وروي أن عثمان رضي الله عنه خاصمه يهودي إلى عمر وادعى عليه أربعة آلاف درهم فوجبت[5] عليه اليمين فأبى أن يحلف وغرم المال فلما فعل ذلك وقال: والله ماله على شيء فقال عمر ما حملك على ما فعلت قال خفت أن يصادف يمين قدرا[6] فيقول الناس ظلم عثمان اليهودي ولم ينكر عليه عمر[7]، ولأن ابن مسعود أُخذ بأرض الحبشة فصالح[8] عن نفسه بدينارين[9]، ولأن في الاستحلاف مذلة[10] وامتهانا فجاز للإنسان الافتداء منها صيانة للعرض، وقد قال ﷺ: "ما وقى به المر عرضه فهو صدقة"[11].

(1) انظر: المدونة: (71/4)، الرسالة: (245)، الكافي: (479-480).
(2) سبق تخريج الحديث.
(3) في (ق): يعلمون.
(4) انظر: المدونة: (71/4)، الكافي: (480).
(5) في (م): فتزحمت.
(6) في ق: القدر.
(7) انظر: سنن البيهقي: (177/10).
(8) في (م): فصانع.
(9) سنن البيهقي: (139/10).
(10) في (م): بذلة.
(11) أخرجه الحاكم: (50/2).

فصل [32. في استحلاف المرأة في بيتها]

وإذا كانت المرأة من ذوات الأقدار والشرف جاز أن يبعث الحاكم إليها من يحلفها؛[1] لأن في ذلك صيانة لها وإقلالاً من تبذيلها، ولا مقال للخصم في ذلك؛ لأن الذي وجب له إحلافها دون تبذيلها.

وإن كانت ممن لا تخرج نهاراً جاز أن تؤخر لتخرج ليلاً زيادة في الصيانة وقلة التبذل.

فصل [33. فيمن أراد كتابة كتاب على غيره]

من أراد أن يكتب على غيره كتاباً بذكر حق أملاه الذي عليه الحق وإن أملاه الذي له الحق بحضرته ورضاه فلا بأس به، وإن ارتضيا بمن يمليه غيرهما جاز وأجرة الكتاب عليهما، وإن كان الدين لجماعة فأجرة الكتاب عليهم بالسوية اتفقت سهامهم أو اختلفت[2].

وإنما قلنا: إنه يمل الذي عليه لحق لقوه تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾[3]، ولأن الذي له لحق قد يزيد[4] فيما له عليه ويتغافل عنه الذي عليه الحق فقال: ﴿وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾[5]، ولأنه قد يزيد الذي له الحق في التوثيق على ما يجب له وذلك غير جائز، ولأن الذي عليه الحق إذا أملاه صار ذلك إقرار منه فيعتد به، وإذا أملاه الذي كان مدعيا والدعوى لا يعتد بها فيقال للذي عليه إذا أملاه أنت لتقر بها عليك فإن كان سها أو غير عالم بالشروط أملَّ ذلك وليه الذي إليه أمره أو وكيله؛ لأنه إذا كان عن أمره فإقراره حاصل.

---

(1) انظر: المدونة: (103/4)، التفريع: 244/2).
(2) انظر المدونة: (76/4)، التفريع: (246/2)، الكافي: (498).
(3) سورة البقرة، الآية : 282.
(4) في (م): قد ينسى.
(5) سورة البقرة، الآية: 282.

وإنما قلنا: إن أمله صاحب الحق بحضرته ورضاه جاز؛ لأن التهمة تزول عنه وتصير كأن الذي هو عليه أمله فيكون إقرارا.

وإنما قلنا: إن الأجرة عليهما؛ لأن الكاتب أجير لهما.

وإنما قلنا: إنها تكون على أهل الدَّين بالسوية وإن اختلفت أنصباؤهم؛ لأن التعب في ذلك واحد فليس نصيب واحد منهم أكثر من نصيب الآخر والله أعلم.

كتاب الحبس والوقوف والصدقة والعمرى والرقبى وما يتصل بذلك

قال القاضي: الحبس والوقف[1] صحيح لازم لا يفتقر لزومه إلى حاكم به[2] وهو قول الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يلزم الوقف ولا يزول[3] عن ملك الواقف قبض أم لم يقبض وله الرجوع عنه بالبيع والهبة، ويورث عنه إن مات إلا يحكم به حاكم أو يكون الوقف مسجدا أو سقاية أو يوصى به فيكون في ثلثه[4].

فدللينا فعل رسول الله ﷺ [5]، وإجماع الصحابة بعده من غير خلاف منهم الأئمة الأربعة وطلحة[6] والزبير[7] وزيد بن ثابت وعائشة وأبو رافع[8] وخالد ابن الوليد[9] وابن عمر وغيرهم[10] رضي الله عنهم.

---

(1) **الحبس**: قال الرصاع: الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس وبعضهم يعبر بالوقف، والوقف عندهم أقوى في التحبيس وهما في اللغة لفظان مترادفان يطلق على الأعطاء، وفي الاصطلاح: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً (شرح الرصاع على ابن عرفة: 411،410).

(2) انظر: المدونة: (343/4)، التفريع: (307/2)، الرسالة: (230)، الكافي: (536).

(3) انظر: الأم: (58/4)، مختصر المزني: (133)، الإقناع: (119).

(4) انظر: مختصر الطحاوي: (137-138)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (180/2).

(5) في قصة عمر ابن الخطاب التي سيأتي ذكرها قريباً.

(6) **طلحة:** بن عبد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة اليمني أبو محمد المدني، أحد العشرة مشهور استشهد يوم الجمل سنة ست وثلاثين وهو ابن ثلاث وستين (تقريب التهذيب: 282).

(7) الزبير: سقط من (ق).

(8) **أبو رافع:** القبطي مولى رسول الله ﷺ اسمه إبراهيم وقيل أسلم أو ثابت أو هرمز مات في أول خلافة عليّ على الصحيح (تقريب التهذيب: 639).

(9) **خالد بن الوليد:** ابن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم المخزومي سيف الله، أبو سيلمان من كبار الصحابة كان أميرا على قتال أهل الردة وغيرها من الفتوح إلى أن سنة إحدى أو أثنين وعشرين (تقريب التهذيب: 191).

(10) انظر البيهقي: (1601/10-163)، عبد الرزاق: (377/10)، كنز العمال: (65/6)، المحلى: (180/9).

وكذلك قال مالك: هذه صدقات رسول الله ﷺ: وأصحابه والخلفاء[1] معروفة عندنا[2]، وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال للنبي ﷺ إني أصبت أرضا بخيبر وهي من أنفس مال أصبته وإني أريد أن أتصدق بها فقال له ﷺ: "حبس الأرض وسبل الثمرة"[3]، وفي طريق آخر: فتصدق به عمر وكتب هذا ما تصدق به عمر بن الخطاب صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، على الفقراء وذوي القربى وفي سبيل الله وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف[4]، ففيه أدلة:

أحدها: قوله ﷺ: "حبس الأرض" وذلك يقتضي التأبيد وانتفاء الرجوع فيه.

والثاني: أن عمر استشار رسول الله ﷺ في ذلك فأشار عليه به، فدلَّ على أنه يلزم وإلا لم يكن قد دله على مراده.

والثالث: أنه كتب لا يباع ولا يوهب ولا يورث بعد إذنه ﷺ فيه؛ لأنه تحبيس أصل على وجه القربة فلم يفتقر إلى حكم حاكم أصله المسجد.

وقولنا أصل[5] احتراز من الحيوان والعروض على إحدى الروايتين؛ لأنه ضرب من العطية يلزم بعد الوفاة بالوصية فوجب أن يلزم بفعله حال الحياة أصله الهبة والصدقة، ولأنه إزالة ملك علة وجه القربة فلم يفتقر إلى حكم حاكم أصله العتق ويزيد[6] في الفرع إزالة ملك عن منافع الرقبة المحبسة.

---

(1) والخلفاء: سقطت من (ق).
(2) ذكره هذا النص الباجي في المنتقى: (122/6)، وابن رشد في المقدمات: (4182).
(3) أخرجه البخاري في الشروط في الوقف: (185/3) ، ومسلم في الوصية: (1255/3).
(4) هذا تتمة للحديث السابق.
(5) في (م): أصلاً.
(6) في م: نريد.

فصل [1. جواز الحبس في المحوز والمشاع]

ويجوز ذلك في المحوز والمشاع خلافاً لأبي يوسف[1] ومحمد[2]، لحديث عمر أنه أصاب مائة سهم وذلك يقتضي أنه مشاع، ولأنها عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمحوز.

وعنه في حبس غير العقار من الحيوان روايتان:

إحداهما: المنع، والأخرى: الجواز، ومن أصحابنا من يقول إن حبس الخيل جائز، وإنما الخلاف في غيرها.

فوجه المنع أن الأخبار إنما وردت في العقار دون غيره فلم يجز تعديه، ولأن الحبس والوقف إنما يراد للتأبيد والدوام وذلك لا يمكن إلا في العقار فلم يجز في غيره مما يتغير ولا يدوم ألا ترى أن الشفعة لما استحقت لإزالة الضرر على وجه الدوام اختصت بالعقار دون غيره؛ لأن الدوام لا يوجد في غيره غالباً لسرعة تغيره.

ووجه الجواز قوله ﷺ: "إنكم تظلمون خالدا أنه حبس أذرعه وأعبده في سبيل الله"[3] والأذرع الخيل، وروي أن أبا معقل[4] وقف بعيراً له، فقيل لرسول الله ﷺ فلم ينكر، وإن أم معقل قالت: يا رسول الله أريد الحج وإنه وقف السبيل فأركبه فقال: "اركبيه، فإن الحج من سبيل الله"[5]، ولأنه أصل يبقى ويصح الانتفاع به كالعقار.

---

(1) انظر مختصر الطحاوي: (136-137)، ومختصر القدوري- مع شرح الميدانيك (1007/1).

(2) **محمد بن الحسن:** ابن فرقد أبو عبد الله الشيباني صاحب أبي حنيفة وناشر فقيه، أحد علماء وقضاة الإسلام، ولد بواسط ونشأ بالكوفة ولاه الرشيد القضاء بالرقة ت (189) هـ (شذرات الذهب: (321/1) وفيات الأعيان: (184/4).

(3) أخرجه البخاري في الزكاة، باب: قول الله تعالى: **(وفي الرقاب)** : (148/2)، ومسلم في الزكاة باب: في تقديم الزكاة ومنعهما: (676/2).

(4) **أبو معقل**: الأبيدي الأنصاري يقال اسمه الهيثم، صاحبي وهو والد معقل وزوج أم معقل (تقريب التهذيب: (674).

(5) أخرجه أبو داود في المناسك باب: العمرة: (504/2)، وأخرجه النسائي مختصراً: (300/1)، وأخرجه ابن ماجه مختصراً أيضاً في الحج باب: العمرة في رمضان: (996/2)، والحاكم: (183/1)، وصححه الألباني في إروائه: (33/6).

فصل [2. في عدم جواز بيع واستبدال الربع المحبس]

الربع الموقف أو المحبس حبسا محرماً لا يجوز بيعه إذا خرب ولا استبدال به بوجه[1]؛ لأن في بيعه إبطال شرط الواقف وحلا لما عقده، وذلك غير جائز، واعتباراً به إذا لم يخرب، ولأن العمارة تنتقل من مكان إلى مكان فلم يكن في تبقيته إتلاف له؛ لجواز عودة العمارة إليه، ولأن في بيعه إبطالاً لحق من جعل له فيه حق بعد هذا البطن[2] ولا سبيل إلى ذلك.

وجواز بيعه محكي عن ربيعة[3] وأظن بعض أصحابنا يذهب إليه ولست أحققه[4] في هذا الوقت[5].

فصل [3. في الفرس المحبس وغيره إذا هرم أو كلب]

وأما الفرس أو غيره إذا كلب أو حطم أو هرم وخيف عليه العطب فيجوز بيعه عند ابن القاسم، ولا يجوز بيعه عند عبد الملك:

فوجه قول ابن القاسم: إنه إذا لم يبق فيه منفعة في الحال ولا في المترقب في الوجه الذي حبس عليه لم يكن في تبقيته فائدة إلا تعريضه للتلف وذلك غير جائز؛ لأن إضاعة المال منهي عنها ومتى بيع هذا الفرس الذي قد كلب أو دخل العيب قوائمه لم يكن القتال عليه أمكن أن ينتفع به مشتريه في غير ذلك الوجه بأن يطحن[6] عليه أو أن يعمل عليه وابتيع بثمنه غيره فكان ذلك أولى من إضاعته، ولأن في تبقيته ومنع بيع إنما يراد لئلا يبطل شرط الواقف متى بيع وتبقيته تؤول إلى ذلك من غير نفع فكان إبطال الشرط بما يقوم مقامه ويسد بعض[7] مسده أولى.

---

(1) انظر المدونة: (342/4)، التفريع: (307/2-308)، الكافي: (41).
(2) في (م): النظر.
(3) انظر الكافي: (541).
(4) في (ق): ونسيت تحققه وفي ر: ولنست أتحققه.
(5) قاله عبد الملك وطائفة من المالكيين (الكافي: (541)).
(6) انظر المدونة: (342/4)، التفريع: (310/2)، الرسالة: (230)، الكافي: (541).
(7) بعض: سقطت من (م).

ووجه قول عبد الملك اعتباره بالرباع بعلة أنها عين أبد حبسها فلم يجز بيعها، فإذا ثبت هذا وبيعت على قول مالك وابن القاسم جعل ثمنها في مثلها إن بلغ وإلا أُعِين به في مثله وانتفع في ذلك الوجه الذي حبس الأصل فيه؛ لأن بدل الشيء يقوم مقامه ..وهذا كله على قول[1]: إن حبس الحيوان جائز، فأما إذا قال: إن حبسه لا يصح فلا معنى لهذا الفرع ويجوز على الإطلاق.

فصل [4. الألفاظ التي ينعقد بها الوقف]

الألفاظ التي ينعقد بها الوقف هي أن يقول: وقفت وحبست وتصدقت وما أشبه ذلك مما يفيد معناه[2]:

فأما لفظ الوقف فإنه صريح في التأبيد فإذا قال وقفت هذا الدار وقال هذه الدار وقف كان هذا القدر كافيا في تأبيد[3] تحريمها، فلا يرجع ملكا أبداً وإن ضم إلى ذلك أن يقول: وقف لا تباع ولا توهب ولا تورث، فكذلك تأكيد والاقتصار على لفظ الوقف كاف.

وإنما قلنا: ذلك؛ لأن مفهوم هذه اللفظة في العرف أنه يقصد بها السبيل وتأبيد حبسها وتمليك منفعتها على الدوام فوجب الحكم بذلك فيها، فأما لفظ الحبس فهو أن يقول: داري هذه حبس في وجه كذا أو لا يقول، لكن[4] إن قال حبس فقط أو قال: قد حبستها فإنها تكون حبساً[5] في الوجه الذي جعله فيه وإن لم يذكر له وجهاً بل قال: حبس فقط صرف في وجوه البر والخير..

---

(1) في م: قوله.
(2) انظر المدونة: (343/4)، التفريع: (308/2)، الكافي: (536)، المقدمات: (419/2).
(3) في (م): تأثير.
(4) في (م): إلا أن كان.
(5) في (ق): حبسها.

فأما الحكم في تأبيده فينظر فإن لم ينضم إلى ذلك أن يقول: وقف لا تباع ولا توهب أو غير ذلك مما يفيد التأبيد وكانت على معين أو جماعة بأعيانهم غير مجهولين ولا موصوفين مثل أن يقول: حبس على فلان لرجل بعينه أو على قوم بأعيانهم ولم يذكر عقبا ولا نسلاً فقد اختلف قوله في ذلك في ذلك هل يتأبد أم لا ففي روايتان[1]:

إحداهما أنه لا يتأبد ويصرف أولا في الوجه الذي جعله فيه (فإذا زال عاد ملكا له إن كان باقيا أو لورثته إن كان ميتاً.

والأخرى أنه يتأبد فيصرف أولا في الوجه الذي جعله)[2] فيه فإذا انقرض عاد حبساً إلى أقرب الناس بالمحبس عليه، فإن لم يكن له قرابة عاد إلى الفقراء والمساكين.

فأما إن انضم إلى لفظ الحبس في المعنيين[3] بعض ألفاظ[4] التأبيد مثل أن يقول حبس وقف أو محرم أو مؤبد أو لا تباع ولا توهب أو جعل إطلاق لفظه في مجهولين أو موصوفين كالفقراء والعلماء أو بني تميم[5] أو فلان وعقبيه أو على ولدى وعقبهم، ولم يعين ولا ذكر مرجعا فلا يختلف المذهب في هذين الوجهين أنهما يفيدان التأبيد والتحريم.

فأما لفظ الصدقة وهو أن يقول: هذه الدار صدقة على فلان فإنه على وجهين:

أحدهما أن يريد تمليكه الرقبة، والآخر أن يريد الحبس فإن أراد المتصدق تمليك الرقبة جاز وكان ملكاً للمتصدق عليه كالهبة، وإن أراد به معنى

(1) انظر المدونة: (343/4)، التفريع: (308/2)، الكافي: (537-538).
(2) ما بين قوسين سقط من ق وأكمل النقص من (ر).
(3) في (ق): في الهيئتين.
(4) في (ق): لفظ.
(5) بني تميم: سقطت من (م).

التحبيس فذلك على وجهين: إن كان على رجل معين أو قوم معينين غير مجهولين ولم يذكر عقبي ففيها روايتان على ما بيناه في لفظ الحبس:

إحداهما: أنه لا يتأبد فيصرف أولا فيمن نص عليه فإذا انقرض ذلك الوجه عادت ملكا والأخرى أنها تتأبد فتصرف في الوجه الذي جعلت فيه، فإذا انقرض عادت إلى الفقراء والمساكين.

وأما إن جعلها في قوم مجهولين أو موجودين لا يحاط بعددهم كبني تميم[1] وبني تغلب[2]، أو على موصوفين كالعلماء والفقراء أو شرط في المعنيين أعقابهم فإنها تتأبد ولا تكون ملكا..

وكذلك ذكر ابن عبد الحكم[3] عن بعض أصحابنا في هذا إذا قال: صدقة على فلان وعقبه ما عاشوا ولم يقل حبسا: أنها تكون ملكا لآخر عقيب من رجل أو امرأة ويتصرف فيه بما يشاء من بيع أو غيره، قال: وأكثر أصحابنا يرونه حبسا: وهذا الذي قاله ليس بشيء والصحيح أنها تكون حبسا.

وأما إذا أطلق لفظ الصدقة ولم يضم إليه ما يقتضى معنى الحبس لا من لفظ التأبيد ولا من صفات المتصدق عليهم، فلا يكون معنى الحبس؛ لأن ظاهر الصدقة تقتضي تمليك الرقبة، وإنما ينصرف إلى الحبس بقرينة تنضم إليه.

---

(1) **بنو تميم:** نسبة إلى تميم والمنتسب إليها جماعة من الصحابة والتابعين إلى زماننا وهو تميم بن مره بت ادبن بن طابخة بن إلياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان (الأنساب للسمعاني: (77/3).

(2) **بنو تغلب:** نسبة إلى تغلب وهي قبيلة معروفة وهي تغلب بن وائل بن قاسط ابن ابن أقصى بن دعمى بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان (الأنساب للسمعاني: 57/3).

(3) في م ابن عبدوس والصحيح ما في ق تبعا لما جاء في المقدمات: (420/2).

فأما إن جمع بين لفظ الحبس والصدقة فقال: هذه الدار حبس صدقة أو قال: حبس فإن ضم إلى ذلك لا تباع ولا توهب أو قال: محرمة أو مؤبدة أو وقف فلا يختلف المذهب إنما تتأبد بذلك.

وإن لم يقل إلا حبسا صدقة أو صدقة حبسا ولا ذكر مجهولين ولا عقبي فاختلف أصحابنا في تخريج قول مالك فيها:

فمنهم من قال: إنها على روايتين كقوله حبسا فقط، ومنهم من قال على رواية واحدة إنها ترجع حبسا ولا تعود ملكاً، هذه جملة مما ذكره أصحابنا في ألفاظ الحبس والوقف ونحن نتكلم على تفصيلها.

فصل [5. في أن لفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم والتأبيد]

قد بيَّنا أن لفظ الوقف يفيد بمجرده التحريم والتأبيد، ووجه قوله في الحبس المطلق على المعنيين أنه يرجع ملكا هو أن مجرد لفظ التحبيس لا يقتضي التأبيد والتحريم لا من لفظه ولا من معناه؛ لأن لفظه مجرد على التحريم، ومعناه أن[1] المنفعة لمن جعلت فقط حبس عليهم لا تخرج عنهم، فأما تحريمها بعد انقراضهم لأنه مما لا يستفاد به فإذا كان كذلك وجب عودها ملكا للمحبس (لأنها على أصل ملكه لزوال الحق الذي يتعلق بها فإذا وصفت بالتأبيد والتحريم)[2] فقد انضم إلى لفظة ما دل على المراد به فلذلك قلنا: إنه مؤبد..

وكذلك إذا جعل على مجهولين أو موصوفين فإنه يقوم مقام التأبيد والتحريم، ويدل على أن المحبس أراد ألا يرجع ملكا؛ لأنه ملك منفعتها لمجهولين لا يحاط بعددهم ولا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفين بصفة؛ لأن ذلك ينتظم الموجودين والمعدومين فدلَّ هذا على أنه قصد بذلك التحريم.

---

(1) في (ق): لان

(2) ما بين قوسين سقط من (ق).

ووجه قوله: إنها تكون حبسا محرمة قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه: "حبس الأصل وسبل الثمرة"[1]، وموضع التعلق منه أن عمر أراد أن يتصدق بالأصل صدقة تبتدأ وهي تمليك رقبته فأشار عليه بأن يحبس أصله ويسبل الثمرة، فدل على أن الأصل يتأبد تحريمه ولو لم يكن كذلك لم يكن الغرض حاصلاً؛ لأنه كان يعود إلى ملكه فيبطل غرضه في التصدق به..

ولأن إطلاق القول أن هذا حبس منافعه على التأبيد مستحقة؛ لأنه لم يقيد ذلك بوقت دون وقت فكان الإطلاق مقتضياً للتأبيد، وليس يخرجه عن ذلك بيانه لمن حبست عليه أن يقول: حبس على فلان؛ لأن ذلك لا يفيد تقييد الحبس[2] وإنما يفيد التبدئة فقط، ولأنه لفظ حبس مطلق فوجب أن يقتضي التحريم أصل إذا كان على مجهولين.

فصل [6. في المراد من لفظ الصدقة]

وأما لفظ الصدقة فإن أراد به وجه الحبس (فقد بيَّنا أن الاختلاف فيه كهو في لفظ الحبس)[3]: فوجه القول بأنه لا يتأبد أن إيجابه التصدق بالمنفعة[4] على زيد أو ولده المعينين أو في وجه كذا لا يوجب التحريم لا من لفظه ولا من معناه.

وإنما يقتضي تبقيته ما دام الوجه صرف فيه باقياً فإذا زال عاد إلى ملكه بالأصل، ووجه القول بأنه يوجب التأبيد أن إطلاق لفظ التصدق به يفيد التخلي منه فكان كالوقف.

---

(1) سبق تخريج الحديث.

(2) في (ق): الحق.

(3) ما بين قوسين سقط من (م).

(4) في (ق): بالنصف.

فصل [7. إذا جمع بين اللفظين في الوقف]

فأما إذا جمع بين اللفظين[1]: فوجه القول بأنه لا يتأبد أن ذلك مبني على أن كل واحد بانفراده غير متأبد، فإذا جمعهما لن يتم جمعه بهما التأبيد؛ لأن الجمع بين اللفظين لا يجعل لهما حكما يخالف حكم الانفراد، ووجه القول بالتأبيد أن فائدة التأبيد تحريم المحبس وتأبيده كقوله: لا يباع ولا يوهب.

فصل [8. إذا جعل الوقف في قوم مجهولين أو موصوفين]

وإنما قلنا: إنه إذا جعله في قوم مجهولين أو موصوفين أن ذلك يكون على التأبيد؛ فلأن غير المحرم إنما يعود إلى المحبس بشرط انقراض المحبس عليهم فإذا صرفه إلى المجهولين علمنا أنه أراد التأبيد بأنه لا يعلم انقراضهم وكذلك الموصوفون؛ لأن ذلك ينتظم المعدوم والموجود وذلك يقتضي تعلق حقهم به ما أمكن وجودهم، وكذلك[2] العقب يقتضي التأبيد إلا أن يكون أصله معينا فإنه يتعين بتعيين أصله.

وإنما قلنا: إنه قال: هذه الدار حبس ولم يعين لوجه الذي تصرف فيه، فإنها تصرف في وجوه الخير والبر؛ لأن الحبس والوقف يراد به وجه الله تعالى والقربة إليه وذلك يتعين بتعيينه فإذا لم يعينه كان مطلقا فيها ولم يجز إبطاله؛ لأنه لو صرح بذلك لكان هذا حكمه.

ومن شرط الحبس والوقف أن يخرج من يده في صحته، فإن أقام في يده حياته أو إلى مرضه الذي مات في فإنه يبطل ويكون ميراثاً إلا أن يكون أخرجه عن يده مدة يسيرة[3] فيها ثم أعاده إلى نظره، فكان يصرف غلاته في وجوهها ويقوم بها فإن ذلك لا يبطل الحبس.

---

(1) في (م): الوصفين.
(2) في (م): ذلك.
(3) في (ق): لابيهم.

وإنما قلنا: ذلك لحديث أبي بكر رضي الله عنه أنه كان نحل عائشة رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقا فلم يقبضه حتى مرض مرضه الذي مات منه فقال لها: لو كنت حزتيه لكان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث[1]، ولأن ذلك طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله في حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته فلا ينفع الحجر عليه شيئاً فأما إن عاد إليه فكان يليه ويصرف غلاته في وجوهها وسبلها[2] فإنه لا يبطل؛ لأن التهمة تزول عنه إذا كان أخرجه عنه مدة بينة وأشهر[3] أمره..

ولا حد لهذه المدة إلا ما لم يعلم في مثله أنه بقصد انتفاعه بالمال[4] حياته وأدوا ورثته عنه، وابن القاسم يحد فيه سنة؛ لأنها مدة وضعت للاختيار كإقامة البكر عند الزوج والعنِّين وعهدة السنة، وكان شيخنا أبو بكر رحمه الله[5] يقول: القياس ألا يصح رجوعه إلى يده طالت المدة أو قصرت.

وإنما قلنا: إنه إذا كان المحبس عليه من هو في ولايته فإن قبضه له قبض وكذلك الهبة، لأنه ليس من أهل القبض لنفسه والنظر لها فكان قبض وليه قبضا له فلا يجوز أن يمكن ما وقفه على ولده الصغير؛ لأن ذلك ذريعة إلى أن ينتفع بماله حياته ثم يخرجه عن ورثته بعد موته فوجب حسم الباب: بمنعه.

فصل [9. حكم الحبس المتأبد ينقرض الوجه الذي جعل فيه]

وإنما قلنا: إن المحبس[6] المتأبد إذا انقرض الوجه الذي جعل فيه عاد إلى أقرب الناس بالمحبس؛ لأن الصدقة على الأقارب أولى منها على الأباعد،

(1) أخرجه البيهقي: (178/6).
(2) في (م): ويسبلها
(3) في (ق): وأشهد.
(4) في (م): بالملك.
(5) رحمه الله سقطت من (م).
(6) في (ق): الحبس.

وقد قال ﷺ: "لا يقبل الله صدقة وذو رحم محتاج"[1]، وقال لأبي طلحة: "اجعلها في الأقربين"[2]، وقال ﷺ: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غني وابدأ بمن تعول"[3].

فصل [10. الوقف في الصحة وفي المرض]

الوقف في الصحة من رأس المال وفي المرض أو الوصية من الثلث[4]؛ لأن الصحيح لا يتعلق عليه الحجر[5] لأحد في ماله ولا الوارث ولا غيره فكانت عطاياه وهباته من رأس المال، والمريض محجور عليه من أجل ورثته فما يفعله موقوف على الثلث بعد موته؛ لأنه ليس له أن يخرج عنهم زيادة على الثلث بعد موته؛ لأن ذلك تقدير ما جعل له.

وإنما لم يحكم بتنجيزه من الثلث في الحال لجواز أن يتلف الثلثان الباقيان ويموت هو عن هذا المقدار فقط؛ لأن الاعتبار ما يتركه بعد الموت لا قبله فيؤدي إلى أن يكون الوصايا قد نفذت قبل حصول الثلثين للورثة وذلك غير جائز.

فصل [11. في عدم جواز وقف الإنسان على نفسه]

ووقف الإنسان على نفسه لا يصح[6] خلافاً لما يحكى عن أبي يوسف[7]؛ لأنه إذا ملك شيئاً بضرب من ضروب الملك لم يملك نقله إلى نفسه بغير ذلك الوجه أصله إذا وهب لنفسه شيئاً من ماله.

---

(1) لم أعثر على تخريج هذا الحديث، ولكن ذكره بعض العلماء في (تفسير القرطبي (170/3) والكافي (100/1).

(2) أخرجه البخاري في الزكاة باب: الزكاة على الأقارب: (126/2)، مسلم في الزكاة، باب: فضل النفقة والصدقة على الأقربين: (694/2).

(3) أخرجه البخاري في الوصايا باب: تأويل قوله: **(من بعد وصية)** (189/3) ومسلم في الزكاة، باب: اليد العليا خير من السفلى (717/2).

(4) انظر المدونة: (344،346/4)، التفريع: (308/2)، الرسالة: (230)، الكافي: (537).

(5) في (م): حجه.

(6) انظر مواهب الجليل: (24/6-25)، حاشية الدسوقي: (80/4).

(7) انظر مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (185/2-186).

فصل [12. حكم من وقف وقفا في مرضه أوصيته]

وإن وقف في مرضه أو وصيته شيئاً على ورثته خاصة دون غيرهم لم يصح ذلك وكان ملكاً للورثة[1]؛ لأن ذلك يجري مجرى الوقف على نفسه، ولأنه يوقف[2] عليهم ملكهم ويمنع التصرف فيه وذلك غير جائز فيه، وإن وقف على بعضهم لم يجز أيضاً، فإن دخل معهم أجانب نفذ[3] الوقف من الثلث وقسم نصيب الورثة على الشرط الذي شرطه وأخذ الأجانب حقوقهم، وإنما يصح الوقف إذا دخل فيه الأجانب؛ لأنه قد وقفه على من يصح الوقف عليه ولم يرد تفضيل بعض الورثة على بعض.

وإذا وقف على بعض ورثته وعلى أجانب كان ما يصيب الوارث بينه وبين باقي الورثة، ومن مات من الورثة، الذين لم يدخلهم في الوقف قام وارثهم مقامهم؛ لأنه لا يرث عنه جميع حقوق المال التي كانت له فإذا مات الوارث الموقوف له انقطع حق باقي الورثة فيما كان يصيبه خاصة، فإذا مات جميع الورثة الموقوف[4]عليهم انقطع حق باقي الورثة جملة وحصلت بغير الورثة.

فصل [13. إذا حبس على جماعة شيئاً ثم جعله في وجه آخر بعد انقراضهم]

إذا حبس على جماعة شيئاً ثم جعله في وجه آخر بعد انقراضهم فمات بعضهم: فإن كان ذلك الشيء مما يتجزأ أو ينقسم كالغلة والثمرة وما أشبه ذلك فإن حصة الميت تكون في الوجه الذي جعل فيه بعد انقراضهم ولا يرجع على من بقي من أهل الحبس، وإن كان مما لا ينقسم كالعبد يُختدم والدابة تركب ففيها روايتان:

---

(1) انظر المدونة: (344/4)، التفريع: (308/2)، الكافي: (537).
(2) في (ق): ولا يوقف.
(3) في (ق): يعد.
(4) في (م): الموقف.

إحداهما أنه كالذي ينقسم (ترجع حصة الميت إلى الوجه الذي نفذه)[1]، والأخرى أنه ترجع حصة من مات من أهل الوقف على من بقى منهم فإذا انقرض جميعهم صارت إلى الوجه الذي بعدهم[2].

إنما قلنا: إنه إذا كان مما يتجزأ وينقسم فإن حصة الميت لا تعود إلى من بقي من أهل الحبس؛ لأن كل واحد منفرد عن الآخر لا تعلقٌ به، وكان موته في وجوب عود نصيبه إلى من بعده كموت الجميع، ولأن الحبس لا يورث بالشركة فلو قلنا إن حصة الميت تعود إلى من بقى من غير شرط المحبس لذلك لكان كالميراث..

ووجه قوله فيما لم ينقسم أن حصة الميت لا تعود إلا من معه[3] منهم اعتباراً بما يقسم.

ووجه قوله[4] إنها تعود إلى من كان معه في الحبس أن الضرر يحصل في ذلك؛ لسوء المشاركة بخلاف المتميز والأول أقيس.

وإن كان الحبس مسكناً فإنه على وجهين: إن حبس عليهم للغلة فعلى ما ذكرناه من المتميز المنقسم وإن كان للسكنى فعلى الخلاف.

إذا أسكن إنساناً داره إلى مدة معلومة فقد ملَّك المسكن الإنتفاع بتمليك المدة وليس للمالك الرجوع فيه، فإن مات (الرجل المحبس عليه فبقيت السكنى إلى المدة لورثته؛ لأنه مات)[5] عن حق له يصح الإرث في نوعه فورثه ورثته كما لو كان على معاوضة، وتقييده بالنوع احترازا من الوطء.

---

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) انظر المدونة: (4/347-348)، التفريع: (3/309)، الرسالة: (230)، الكافي: (537-538).
(3) في (ق): بقى.
(4) ووجه قوله: سقط من (م).
(5) ما بين قوسين من (م).

وإن دفع صاحب الدار إليه شيئاً على أن يدع السكنى جاز؛ لأن ذلك ليس بمعاوضة وإنما انتقال من هبة إلى وهبة، ولأن أصل الإسكان قربة والقربة قد سومح فيها عما غلظ في المعاوضة كجواز الشركة والتولية في بيع الطعام قبل القبض وكذلك القرض والهبة وبيع المكاتب كتابته بما لا يجوز بيعها من الأجنبي وما أشبه ذلك لحرمة العتاقة، وأنه ليس القصد محض المعاوضة وإنما القصد كمال الحرية والرفق بالعبد كذلك ها هنا.

فصل [14. في إطلاق الحبس]

وإذا أطلق الحبس ولم يشترط تقديماً ولا تبديةً، فإنه يؤثر في الإسكان والقيمة[1] أهل الحاجة؛ لأن أصل الحبس إنما يقصد به القربة والثواب لسد الخلة ودفع الحاجة لأصل الحبس فيجب أن يكون من اشتد حاجته أدخل في الاستحقاق ممن قل عنه.

ولا يخرج من سكن لحدوث من هو أحوج منه؛ لأن الأول سكن بحق فكان أحق بالحيازة والسبق فإن شرط للحبس تقديماً أو تبدية كان ما شرطه.

فصل [15. فيمن حبس دارا فسكن بيتا أو شيئاً يسيراً منها]

إذا حبس دارا فسكن بيتا صغيرا أو شيئاً يسيرا منها، أو دوراً عدة فسكن داراً منها يسيرة فيما بقي، جاز الحبس كله ما يسكن وما لم يسكنه ، (وإن سكن شيئاً كثيراً بطل الحبس ما سكنه وما لم يسكنه)[2]، وقال ابن القاسم: يجوز ما لم يسكنه ويبطل ما سكنه ولم يفرق في الموضعين بين القليل والكثير، وقيل يبطل الجميع[3].

---

(1) في م و ر: القسمة.

(2) ما بين قوسين سقط من (م).

(3) انظر التفريع: (311/3)، الرسالة: (230)، الكافي: (539).

فوجه القول بأنه لا يبطل إذا كان سكناً يسيراً هو أن ذلك لا تهمة فيه أن يكون أراد الانتفاع بماله حياته وصرفه عن ورثته بعد موته؛ لأن القدر الذي ينتفع به يسير الخطب كاللبن يشربه من غنم يحبسها أو التمر اليسير يأكله من حائط يحبسه، ولأن سكناه في الغالب لمراعاته وحفظه والنظر في مصالحه.

ووجه القول بأنه ينفذ ما لم يسكن ويبطل ما سكن؛ لأن ما سكن لن يحز عليه فلم ينفذ حبسه عليه، وما لم يسكنه فقد حيز عليه فزالت التهمة فيه فوجب نفوذ الحبس فيه.

ووجه منع الجميع أن الحبس إذا كان واحداً بطل جميعه ببطلان بعضه؛ لأن حكمه واحد غير متبعض.

فصل [16. في العمرى]

العمرى[1]: هبة منافع الدار عمر الرجل مدفوعة إليه وليست بتمليك الرقبة، وصفتها: أن يقول رجلٌ لرجلٍ: أعمرتك هذه الدار أو أسكنتكها حياتك أو عمرك أو مدة بقائك أو منحتكها أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي يفهم منها تمليكه المنافع عمره، وهذا لم يملكه رقبة الشيء؛ وإنما ملكه المنافع فما دام المعطى حيا فالمنافع له بقي المالك أو مات، وإن مات المعطى عادت إلى المالك إن كان حياً أو إلى ورثته إن كان ميتاً ميراثاً كسائر تركته، وعند الشافعي: أن المعمر يملك رقبة الدار إذا[2] أعمرها.

---

(1) **العمرى:** يقال: أعمرته دارا أو أرضا إذا أعطيته إياها وقلت له هي لك عمرى أو عمرك فإذا مت رجعت إلي (غرر المقالة: 230).
وعرفها ابن عرفة بقوله: تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء (حدود ابن عرفة: 419).
(2) في (ق): إلى.

وإنما قلنا: ذلك؛ لأن المعمِّر لما اشترط للمعطى أن تكون له عمره علمنا أنه أراد تمليك الانتفاع، لأن تمليك الرقبة لا يصح إلا على التأبيد دون اشتراط العمر؛ لأنه لو قال ملَّكتُهُ هذه الدار عمرك أو حياتك أو ما دمت حيا لن يصح ذلك ولم يملكها ، فعلم بتوقيته إياها بالمدة أنه أراد السكنى دون الرقبة..

وهذا إذا قال أعمرتك ولم يذكر العقب، فأما إن قال لك ولعقبك فإنها تكون للمعمر حياته، فإذا مات كانت لورثته أبداً ما بقي من عقبه إنسان، فإذا انقرض عقبه ولم يبق منهم أحد عادت إلى المالك إن كان حيا أو إلى ورثته إن كان قد مات على ما بيَّناه[1].

(1) انظر الموطأ: (756/2)، الرسالة: (230)، الكافي: (541-542).

باب: في صحة ولزوم عقد الصدقة والهبة من غير قبض

عقد الصدقة والهبة يصح ويلزم من غير قبض، ولكن القبض شرط في نفوذه وتمامه، فإن قال: تصدقت عليك بهذا الثوب أو العبد أو الدار أو غير ذلك من الأملاك، أو وهبته لك ولم يرد بالهبة عوض الثواب فقال: قد قبلت منك فقد انعقد وليس للواهب ولا للمتصدق الرجوع فيه ويلزمه إقباضه[1] للموهوب له، أو التصدق عليه إذا طالبه، ويجبر على ذلك إن امتنع منه..

ولا يبطل العقد بتأخير الإقباض، فإن مات[2] المقبوض له أو المتصدق عليه وهو على المطالبة بالإقباض غير متراخ في ذلك ولا راض بتبقيتها في يد الواهب أو المتصدق لم يبطل بموته، ولورثته من المطالبة مثل ما كان له..

وإن تراخي الموهوب أو المتصدق عليه في المطالبة بالإقباض أو أمكنة قبضها فلم يقبضها حتى مات الواهب أو مرض بطل ولم يكن له شيء[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي[4]: لا ينعقد إلا بالقبض وما لم تقبض تكون جائزة غير لازمة[5].

---

(1) في (م): اقتضاه.

(2) فإن مات: سقطت من ق وفي ر: وإن مات الموهوب له.

(3) انظر: المدونة: (348/4- والتفريع: (311/2)، الكافي: (532).

(4) انظر: مختصر الطحاوي: (138)، الإقناع- للماوردي: (120).

(5) في م: تكون جائز غير لازم.

وإنما قلنا: ذلك لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[1]، وقوله ﷺ: "الراجع في هبته كالراجع في قيئه"[2] ولم يفرق بين الرجوع قبل الإقباض أو بعده، ولأنه عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه أصله سائر العقود، ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية.

فصل [1. في حيازة الأب ما وهبه لولده]

إذا تصدق على ولده الصغير أو وهب له فحيازته له جائزة إذا كان قد ميَّز الصدقة أو الهبة وأشهد عليها؛ لأنه هو القابض له إذ الصغير ليس ممن يصح قبضه ولا بد من قابض له[3].

وإنما شرطنا أن يميز ذلك ويشهد عليه لتثبت له الصدقة أو الهبة بغير قول الأب وإلا تطرق منه الوصية للوارث، وهذا إذا كان مما يمكن أن تعينه والإشهاد عليه..

فأما ما لا يمكن ذلك فيه ما لا يتعين كالذهب والفضة والطعام وسائر المكيل والموزون فلا يصح قبض الأب له، لأنه لا يمكن الإشهاد على عينه؛ لأنه لا يتميز للشاهد وقت إقامة الشهادة لإمكان أن يكون ما شهد به غير الذي أشهد عليه فإن جعلها على يد أجنبي يكون قابضاً لهم جاز.

قال شيخنا أبو بكر: ويجوز أن تكون بيد الأب إذا جعلها في شيء وختم عليها وأشهد عليها لأنها تتميز ويمكن الشهادة عليها فيكون كالعبد والثوب وما يتميز عينه[4].

(1) سورة المائدة، الآية: 1.
(2) بهذا اللفظ أخرجه النسائي في الهبة باب: رجوع الوالد فيما يعطى ولده: (222/6)، وابن ماجه في الهبات باب: الرجوع في الهبة: (787/2)، وهو في الصحيحين بلفظ: "العائد في هبته، كالكلب يعود في قيئه، وقد سبق تخريج هذا الحديث.
(3) انظر: المدونة: (349/4)، التفريع: (312/2)، الرسالة: (230)، الكافي: (532).
(4) في (ق) : به.

فصل [2. في صحة هبة المشاع]

تصح هبة المشاع كما تصح هبة المقسوم وتجوز من شريك وغيره، وفيما تتأتى قيمته وفيما لا تتأتى[1] (خلافاً لأبي حنيفة[2] في قوله: إن المشاع الذي يمكن فيه قسمة لا تصح هبته)[3] على وجه، ولأن كل مشاع جاز[4] بيعه جازت هبته كالمقسوم، ولأن كل عقد صح في المشاع الذي لا ينقسم (صح في الذي ينقسم)[5] كالبيع.

فصل [3. إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع]

إذا تصدق على ولده الصغير بجزء مشاع من أرض أو دار وأشهد عليه ففيه روايتان[6]:

إحداهما جواز الصدقة والأخرى بطلانها، والهبة مثل الصدقة فوجه الجواز أن العين الموهوب بعضها مما يتعلق ويمكن الإشهاد عليها فالمشاع منها في حكم المقسوم، ووجه المنع أن نفس الموهوب غير متميز ولا معيَّن فأشبه المنفرد الذي لا يتعين والأول أصح.

فصل [4. في أقسام الهبة]

الهبة[7] على ضربين: ضرب منها يقصد بها الثواب والآخر لا يقصد بها الثواب بل يكون على وجه المودة والمحبة وصلة الرحم:

فأما الضرب الأول الذي يقصد به المكافأة والعوض فحكمه حكم المعاوضات، ويراعى فيه ما يراعى في البيع ولا يفارقه إلا في وجه واحد وهو

---

(1) انظر: التفريع: (312/2).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (137)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (172/2).
(3) ما بين قوسين سقط من (م).
(4) في (م): كل ما جاز.
(5) بين قوسين سقط من (ق).
(6) انظر التفريع: (312/2)، الرسالة: (229)، الكافي: (534).
(7) الهبة: قال ابن عرفة: الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض (حدود ابن عرفة: (421).

السكوت عن البدل فيه وعن مقداره، فأما ما عدا ذلك من أحكامه فإنه يجري مجرى سائر المعاوضات[1].

وإنما قلنا: إنها جائزة على هذا الوجه؛ لأنها تفعل على وجه المودة، وإيثار المكارمة والمواصلة، وإن كان المقصود المكافآت، ففعلها على هذا الوجه له تأثير في التودد والتحبب فكانت في معنى نكاح التفويض في المساحمة بترك ذكر العوض ومقداره، وروي أن النبي ﷺ أثاب على اللقحة[2] وطلب صاحبها الثواب فلم ينكر[3] عليه بل أنكر سخطه الثواب وكان زائدا على القيمة[4]، فأما الضرب الآخر الذي لا يقصد به الثواب فلا يستحق عليه ثواب ولا مكافآة؛ لأن الواهب لم يرد ذلك وإنما أراد التمليك بغير عوض.

فصل [5. الاختلاف في غرض الهبة]

فإن اختلفا فادعى الواهب أنه وهب للثواب وقال الموهوب له بل لغير الثواب فالمرجع في ذلك إلى أحد أمرين:

إما إلى شرط إن كان بينهما فإن اعترف به الموهوب له لزمه، وإن أنكره، فالقول قول الواهب إذا أشكل وتحاكما فيه إن كان يشبه، وإن كان لا يشبه، فالقول قول مدعى الأشبه منهما[5].

والقسم الآخر الذي يرجع فيه إليه وهو العرف فينتظر: فإن كانت العادة والعرف أن الواهب يرى أنه يريد الثواب، وأن مثله إنما يهب مثل ذلك الموهوب لعوض[6] يناله منه أو مكافئة[7] فالقول قوله، وذلك مثل

---

(1) انظر المدونة: (318،327/4)، التفريع: (312/2)، الرسالة: (228)، الكافي: (528).
(2) اللقحة: بالكسر- الناقة ذات اللبن، وجمعها لقح (المصباح المنير: 556).
(3) في (ق): فلم يطلب.
(4) أخرجه الترمذي في المناقب باب: مناقب بني ثقيف وبني حنيفة: (686/5) وأحمد: (265/1)، وابن حبان والحاكم: (62/2)، وقال على شرط مسلم.
(5) منهما: سقط من (م).
(6) في م: بغرض.
(7) في (ق): مكافآت.

هبة الفقير للسلطان والغني[1] وما أشبه ذلك فالعادة في هذا أنه يريد منه المكافآت.

وأما هبة الغني للفقير والسلطان لأتباعه والرجل يهدي إلى العالم والصالح فالعرف في مثل هذا أنه للمودة لا للثواب.

وأما النظر أو الأمثال فعلى حسب ما يعلم من دلائل الحال وعلى قدر الهبة[2] هل يقصد به الثواب أم هي مما يقبح في العرف طلب الثواب في مثلها..

وعنه في هبة أحد الزوجين للآخر روايتان: إحداهما أنها تقتضي الثواب لتميز الملكين، وأن المعاوضة مطلوبة بينهما، والأخرى أنها لا تقتضي الثواب؛ لأن العرف جارٍ بأن كل واحد يتقرب إلى الآخر بالهدية والهبة، ويحب التودد إليه وإحراز الحظوة عنده[3].

فصل [6. في خيار الموهوب له هبة للثواب]

إذا ثبت ما ذكرناه فمن وهب له شيء للثواب فهو بالخيار إذا قبل الهبة إن شاء أثاب فيها فما زاد وإن شاء ردها، فإن أثاب قيمتها أو زيادة عليها لزم واهبها قبول ذلك ولا مقال له وإن قال: لا أرضى بقيمتها.

وإن أثاب دون القيمة فالواهب بالخيار إن شاء قبل الثواب وإن شاء رده وارتجع هبته، فإن فاتت عند الموهوب منه لزمه قيمتها، والفوت مثل الحمل والموت أو العتق أو نقص في البدن..

---

(1) في (م): الأغنياء.
(2) في (ق): الهديه.
(3) انظر: المدونة: (324/4)، التفريع: (314/2)، الرسالة: (229)، الكافي: (532).

وقد اختلف عنه في زيادة الجسم أو السوق، فعنه فيه روايتان[1]: إحداهما أنه فوت والأخرى أنه ليس بفوت، ولا تفتقر هبة الثواب إلى حيازة.

فصل [7. في دليل أن الموهوب مخير بين الإثابة أو الرد]

وإنما قلنا: إن الموهوب مخير بين الإثابة أو الرد؛ لأنها معاوضة فلا يلزمه إلا باختياره إذا لم يتعلق بها حق الغير كسائر المعاوضات.

وإنما قلنا: إنه إذا قبلها لزمه الثواب، فلأن الواهب ملكه إياها بشرط العوض إما لفظا أو عرفا فلزمه ما دخل عليه كالبيع.

وإنما قلنا: إن الثواب ما يتراضيان به اعتباراً بنكاح التفويض؛ لأنه عقد يشترك فيه العوض وطلب المودة والمواصلة فسومح[2] فيه بترك تسمية العوض فكذلك الهبة إذا سكتا عن ذكر العوض فوقف على تراضيهما.

وإنما قلنا: إنهما إذا لم يتراضيا فالموهوب مخيَّر إن شاء أثاب عنها القيمة وإن شاء ردها، وأنه إذا أثاب القيمة لزم الواهب قبولها، اعتبارا بنكاح التفويض (في تخيير الزوج إذا لم يتراضيا على فرض ببذل صداق مثل الذي هو قيمة البضع أو الطلاق، وكذلك في الهبة.

وإنما قلنا: إنه لا يلزمه إرضاؤه بما يزيد على القيمة اعتباراً بالتفويض على ما بيناه)[3].

وإنما قلنا: إنه لا يراعى عرف في مكافآت مثل تلك الهبة خلافاً للشافعي في بعض أقوله[4]؛ لأنه لا مدخل للعرف في المكافآت إذ ليس فيها حد يرجع إليه؛ لأن الملك العظيم قد يثيب على هدية تساوى مائة، ألف، وقد

---

(1) انظر: المدونة: (340/4)، التفريع: (314/2)، الرسالة: (229)، الكافي: (532).
(2) في م: فسوغ.
(3) ما بين قوسين سقط من (ق).
(4) انظر: الإقناع: (120)، المهذب: (455/1).

يثيب عشرة آلاف، وما بينهما وقد كان يخلو الموهوب في نفسه فيزيد في المكافآت عليه، وكذلك غيره ممن يكافئ تختلف مكافآته بحسب حلاوة الموهوب في نفسه ومحبته بنفع مهديه[1] إليه، فبطل اعتبار العرف في ذلك.

وإنما قلنا: لا يكفي أقل مما يقع عليه الاسم خلافاً للشافعي أيضاً؛ لأن العرف أن المهدي[2] إذا دخل على زيادة على القيمة أو على مقدارها أو يرتجى المواصلة والمكارمة فإن ثاب على هدية قيمتها ألف بعشرة[3] دراهم فإنه خلاف العرف الذي عليه دخل فلا يلزمه..

وإنما: إنه إذا فاتت لزمته قيمتها، لأنه إذا كان ذلك هو الواجب عليه مع بقائها فكذلك فواتها وتأثير الفوت منع ردها فقط، وإنما كان العتق فوتاً؛ لأنه لا يمكن ردها ولا فسخه والحمل ينقص قيمتها والموت عدمها.

ووجه قوله في زيادة البدن والسوق أنه فوت واعتباره لتغير النقصان.

ووجه قوله إنها ليست بفوت أن ردها ممكن من غير ضرر يلحق أحدهما.

وإنما قلنا: إنها لا تفتقر إلى حيازة؛ لأنها معاوضة كالبيع، ولأن التهمة لا مدخل فيها كدخولها في هبة غير الثواب.

فصل [8. في الهبة التي لا يقصد بها ثواب]

فأما الهبة التي لا يقصد بها ثواب ولا مكافآت فعلى ضربين:

ضرب يراد به المودة والمحبة، وضرب يراد به وجه الله تعالى من صلة وذلك كهبة الغني للفقير واليتيم فهذا الضرب صدقة فحكمه حكم الصدقة، فلا يجوز الرجوع فيه بوجه لا من أب ولا من غيره[4]:

---

(1) في (م): عهدته.
(2) في (ق): الموهوب.
(3) بعشرة: سقطت من (ق).
(4) انظر: المدونة: (340/4)، التفريع: (313/2)، الرسالة: (228)، الكافي: (532).

وإنما قلنا: ذلك لأنه أخرجها عن ملكه على وجه القربة إلى الله تعالى وابتغاء وجهه لا لغرض دنيا فلم يجز له الرجوع فيه، وعلى ذلك دلَّ قوله ﷺ لعمر رضي الله عنه لما سأله عن الفرس الذي حمل عليه في سبيل ثم رآه يباع: "لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك"[1]، وقوله ﷺ: "إنما الصدقة ليومها"[2] يريد يوم القيامة، ومن هذا هبة الغني للفقير والهبة لصلة الرحم وما كان بمثابة ذلك.

وإذا ثبت منع الرجوع فكذلك الانتفاع به؛ لأنه ضرب من الرجوع إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيراً أو يركب الفرس الذي في سبيل الله أو ما أشبه ذلك مما يقل خطره.

فأما الضرب الآخر وهو الهبة للمودة والمحبة فليس لأحد فيها رجعة إلا للوالدين فيما وهباه لولدهما فلهما اعتصاره ما لم يداين أو يتزوج أو يطأها إن كانت جارية أو يكاتبه إن كان عبداً أو ينفقه إذا كان مالا أو يختلط بمثله إذا كان دراهم أو حنطة أو ما يكال أو يوزن أو يبعه فلا يكون للوالد سبيل إلى الارتجاع، وإذا كان الولد أيتاماً فلا عصرة للأم فيما وهبته، وليس لأحد رجوع في هبته إلا للوالدين لا من قريب ولا من أجنبي لا جد ولا غيره من الأقارب[3].

فصل [9. في منع الواهب من الرجوع في هبته]

وإنما قلنا: إنه ليس للواهب سوى الوالدين الرجوع في هبته خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن لهم ذلك[4]، لقوله ﷺ: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية

(1) أخرجه البخاري في الهبة باب: لا يحب لأحد أن يرجع في هبته: (142/2)، ومسلم في الهبات، باب: كراهية شراء الإنسان ما تصدق به: (1239/3).
(2) لم أعثر عليه...
(3) انظر: المدونة: (337/4)، التفريع: (313/3)، الرسالة: (228).
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (138)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (175/2).

ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى[1] شبع قاء ثم عاد في قيئه"[2]، ولأنه لا يلي على ماله إلا بتوليه، ويحد في وطئه أمته فلا رجوع له في هبته أصله الابن إذا وهب للأب.

فصل [10. جواز رجوع الأب فيما وهب لابنه]

وإنما قلنا: إن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه خلافاً لأبي حنيفة في منعه الرجوع[3]، للحديث الذي رويناه، ولحديث النعمان بن بشير أن أباه نحله نحلا وجاء إلى النبي ﷺ يشهده فقال: إني نحلت ابني هذا فقال: "أكل ولدك نحلته" قال: لا، قال: "فأرجعه"[4]، فدل ذلك على أن للأب أن يرجع فيما وهب لابنه، ولأنها هبة لمن أضيف هو وماله إلى الواهب في الشرع إضافة الملك فكان له الرجوع فيها بوجه، أصله هبة السيد لعبده، ولأن الأب يختص مع الولد بما لا يوجد في غيره، وله شبهة في ماله ففارق الأجنبي.

وإنما قلنا: إن للأم أن تعتصر[5] لمشاركتها في قرب الولادة ومباشرتها.

وإنما منعنا ذلك إذا كان الولد أيتاماً؛ لأن الهبة للأيتام يراد بها وجه الله عز وجل كالصدقة.

---

(1) في (ق): إذا.

(2) أخرجه أبو داود في البيوع باب: الرجوع في الهبة: (809/2)، وابن ماجه في الأحكام باب: من أعطى ولده ثم رجع فيه: (795/2)، والنسائي في الهبة باب: رجوع الوالد فيما يعطي ولده: (222/6)، والترمذي في البيوع باب: ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة: (384/4) وقال حديث حسن صحيح، وأحمد: (27/3) والحاكم: (46/2).

(3) انظر: مختصر الطحاوي: (139)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (175/2).

(4) أخرجه البخاري في الهبة باب: الهبة للولد: (133/2)، ومسلم في الهبات، باب: كراهية تفضيل بعض الأولاد: (1241/3).

(5) الاعتصار: هو الرجوع في الهبة وأخذها قهراً (الفواكه الدواني: 170/2).

وإنما منعنا الاعتصار بعد التصرف لتعلق حقوق الغير بها، أما إذا داين الولد فإن الغرماء داينوه على المال الذي معه، فلو أجزنا للأب أخذه لكان غروراً لهم..

وكذلك إذا تزوجت الابنة لأن للزوج حق في تبقية مالها بيدها لقوله ﷺ: "تنكح المرأة لدينها ومالها"[1]، وللاتفاق على أنه لا رجوع له في البيع والعتق وكذلك سائر التصرف، فأما اختلاطه بما لا يتميز فجارٍ مجرى إتلافه[2] فبطل الرجوع فيه.

فصل [11. في كراهية ارتجاع الصدقة بعوض أو هبة]

يكره أن يبتاع الرجل صدقته ويرتجعها بعوض أو هبة؛ لأنه ضرب من العود فيها[3]، ولأن الموهوب له والمتصدق عليه قد يستحي منه فيسامحه في ثمنها أو يحط عنه ما لا يحط لغيره فيكون رجوعا في ذلك القدر، وفي حديث عمر أنه وجد فرساً حمل عليه في سبيل الله[4] يباع، فأراد أن يشتريه فنهاه رسول الله ﷺ: "لا تبتعه ولو باعكه بدرهم ولا تعد في صدقتك"[5].

فأما إن مات المتصدق عليه فورثها المتصدق منه فلا بأس؛ لأن ذلك ليس برجوع فيها ولا يتهم بأنه احتال فيه؛ لأن الميراث يدخل في ملكه بغير صنعه، وفي الحديث أن امرأة وهبت لأمها وليدة فماتت الأم فورثتها الابنة فسألت النبي ﷺ عن ذلك فقال: "أجرت في صدقتك ورد عليك الميراث وليدتك"[6].

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) إتلافه سقطت من (م).
(3) انظر التفريع: (314/2)، الرسالة: (229)، الكافي: (533).
(4) في (م): في السبيل.
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) أخرجه مالك في الموطأ: (760/2).

وإذا ثبت أنه لا يجوز الرجوع في الصدقة فالانتفاع بها ممنوع أيضاً على ما قدمناه[1].

فصل [12. في التسوية بين الأولاد في الهبة]

ويستحب للإنسان أن يساوي بين ولده في الهبة، وأن لا يخص بعضهم بشيء يفرده عن الآخر إلا ويكون مثله لغيره، فإن أعطى بعضهم شيئاً من ماله جاز، وإن أعطاه كل ماله كره ذلك ولم يبطل[2].

وإنما استحببنا في الجملة أن يسوِّي بينهم في العطية لقوله ﷺ في حديث النعمان بن بشير لما نحله أبوه شيئاً وأراد الشهادة عليه فقال ﷺ: "أكل ولدك نحلته مثل ما نحلت هذا" قال لا،: "فأرجعه"، وفي الحديث "أتحب أن يكونوا لك في البر سواء"[3] ولأن ذلك يؤدي إلى العقوق وترك البر ويورث الحسد والضغن فوجب كراهيته لذلك..

وهذا إذا وهب كل ماله، فإذا وهب البعض منه أو الشيء اليسير[4] بعينه فذلك جائز؛ لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه وهب لعائشة رضي الله عنها من ماله[5]، والفرق بين البعض والكل أن في البعض لا تتولد العداوة والبغضاء؛ ولأنه قد بقي ما يصير للولد الباقين إذا كان الموهوب يسيراً، لا يكون جل ماله ولا قطعة مؤثرة فيه فيجري حينئذ مجرى هبة الكل.

وإنما قلنا: إن وهب جميعه نفذ وإن كان مكروها خلافاً لأحمد بن حنبل وغيره في منعه نفوذه[6]، ولحديث أبي بكر رضي الله عنه واعتباراً بالأجانب.

---

(1) في (م): على بيناه.
(2) انظر الموطأ: (751/2)، التفريع: (415/2)، الرسالة: (230)، الكافي: (530).
(3) سبق تخريج الحديث.
(4) اليسير: سقطت من (ق).
(5) سبق تخريج الأثر.
(6) انظر: مختصر الخرقي: (79)، المغني: (664/5).

فصل [13. جواز التصدق بكل ماله في صحته]

يجوز أن يتصدق بماله كله في صحته وأن يهبه للظواهر والأخبار والترغيب في الصدقة، ولأن جماعة من الصحابة قد انخلعوا[1] من أموالهم[2]..

وهذا إذا كان المتصدق له يرجع إليه من صناعة أو حرفة فيخلف منها ما لا يرده على نفسه، فأما إن كان لا يرجع إلى ما يقوته أو يقوت عياله إن كان ذا عيال، فلا ينبغي له أن يمنع نفسه وعياله، وقد منع ﷺ سعدا أن يوصي بماله كله[3] إبقاء على ورثته، فإبقاء الإنسان على نفسه أولى، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ ٱلدُّنْيَا﴾[4].

فصل [14. في جواز إخدام عبده لرجل حياته]

من أخدم رجلا عبده جاز ذلك، وقد اختلف عنه في نفقته على أن تكون فعنه فيه روايتان[5]:

إحداهما أنها على مالك رقبته، والأخرى أنها على من جعلت له خدمته.

فوجه الأولى من أن النفقة على المالك بالرق وتعلق حق الغير بمنافعه لا يوجب عليه نفقته كما لو أجره.

ووجه الثانية أنه يملك منافعه دون سيده فكانت النفقة عليه كالزوجة لما ملك الاستمتاع بها ملك منافعها ولا يلزم الإجارة؛ لأن العوض عنها قد أخذ منه والله أعلم.

---

(1) في (م): انخلوا.
(2) كما تصدق أبو بكر الصديق بجميع ماله.
(3) أخرجه البخاري في الجنائز باب: رثى ﷺ سعد: (82/2)، ومسلم في الوصية، باب: الوصية بالثلث: (1250/3).
(4) سورة القصص، الآية: (77).
(5) انظر المدونة: (304/4).

كتاب الوصية[1]

الأصل في ثبوت الوصايا وتعلق الأحكام بها قوله تعالى في آية المواريث ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[2]، وقوله: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[3]، وقوله ﷺ: "ما حق امرئ له مال يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده"[4]، إذا ثبت ذلك فهي مندوب إليها[5] للخبر الذي رويناه، ولأن فيها تحرزا واحتياطا؛ لأن الإنسان لا يدري متى يأتيه أمر ربه الله عز وجل، وقد يكون عليه حقوق يحتاج إلى التخلص منها فيجب أن يكون على استظهار من ذلك.

فصل [1. الوصية بالثلث]

موضع الوصية بالثلث، ولا يجوز الزيادة عليه إلا بإذن الورثة[6]، وإنما قلنا: إن له أن يوصي بالثلث لحديث سعد قال: جاءني ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله بلغ مني الوجع ما ترى، وأنا رجل ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي فقال: "لا"، قلت فشطره، قال "لا" فقلت فالثلث[7]، قال: "الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير

---

(1) الوصية: في اللغة: وصيت الشيء وصلته (معجم مقاييس اللغة: (116/6))، وفي الاصطلاح: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابته عنه بعده (حدود ابن عرفة مع شرح الرصاع: (528).

(2) سورة النساء، الآية:11.

(3) سورة البقرة، الآية: (180).

(4) أخرجه البخاري في الوصايا وقوله ﷺ: "وصية الرجل مكتوبة..." (185/3)، ومسلم في الوصية: (1249/3).

(5) انظر: الموطأ: (761/2)، المدونة: (301/4)، التفريع: (321/3)، الرسالة: (223، الكافي: (543)، المقدمات: (111/3).

(6) انظر: المراجع التي سبق ذكرها.

(7) رجل: سقطت من (م).

من أن تدعهم عالة يتكففون الناس[1]، وقوله ﷺ: "إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم"[2].

وإنما قلنا: الزيادة جائزة عليه إذا أذن الورثة؛ لأن المنع من ذلك لأجلهم؛ لأن ما زاد عليه حق لهم فإذا أجازوه فقد أسقطوا حقوقهم فجاز..

وإن أجازه بعضهم وأباه بعض جاز في حق من أجازه ولم يجز في حق من منع؛ لأن من أجازه فقد ترك حقه ومن منع فقد طالب بحقه فله ذلك.

فصل [2. من لا وارث له يوصي بجميع ماله]

ومن لا وارث له فليس له الوصية بجميع ماله، فإن أوصى بزيادة على الثلث لم يكن له إلا الثلث فقط[3]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إن له أن يوصي بكل ماله[4]، لقوله ﷺ: "إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم"[5] وظاهره يمنع زيادة عليه، ولأن المسلمين يعقلون عنه فلم يكن له أن يوصي في حقهم بأكثر من ثلثه كالموالي، واعتبارا بالورثة المياسير.

فصل [3. في عدم جواز الوصية لوارث إلا بإذن الورثة]

ولا تجوز الوصية لوارث من ثلث ولا غيره إلا بإذن باقي الورثة[6]، والأصل في منعها قوله ﷺ: "إن الله عز وجل قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"[7]، (ولأن ذلك تعدى ما حد الله تعالى ورسمه؛ لأنه تعالى جعل

---

(1) أخرجه البخاري في الوصايا: (181/3)، ومسلم في الوصية: (1253/3).
(2) أخرجه ابن ماجه في الوصايا باب: الوصية بالثلث: (904/2)، وفي سنده طلحة بن عمرو المكي ضعيف (انظر نصب الراية: (400/4).
(3) انظر التفريع: (324/2،213).
(4) انظر شرح فتح القدير: (430/8-446)، حاشية ابن عابدين: (418/5-427).
(5) سبق تخريج الحديث قريباً.
(6) انظر المدونة: (306/4)، التفريع: (324/2)، الرسالة: (223)، الكافي: (544).
(7) أخرجه أبو داود في البيوع باب: في تضمين العارية: (824/3)، وابن ماجه في الوصايا باب: لا وصية لوارث: (905/2)، والترمذي في الوصايا ما جاء لا وصية لوارث: (377/4)، وقال حديث حسن.

لكل وارث)[1] قدراً معلوماً من التركة، وإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كأنه يعطيه من حق غيره، فإذا لم يجيزوا رجعت ميراثاً؛ لأنه لا يجوز أن ينفرد بها بعضهم، وليس لها جهة تصرف من قبل وصية فلم يبق إلا أن يرجع ميراثاً كالذي لم يوصي به.

فصل [4. في القول بأنها تجوز بإجازة الورثة]

وإنما قلنا: إنها تجوز بإجازة الورثة، خلافاً لمن منع ذلك[2]، لأن المنع لحقوقهم فإذا أجازوه فقد تركوا حقوقهم فيجب جوازه، ولأنها جهة للوصية يمنع منها لحق الورثة فجاز بإجازتهم أصله الزيادة على الثلث.

فصل [5. في حكم الوصية]

الوصية غير واجبة لقريب ولا لأجنبي[3]، خلافاً لمن حكي عنه وجوبها[4] لمن لا يرث[5] من الأقربين، والذين[6] إذا لم يكونوا وارثين؛ لأن كل من لم تلزم عطيته في الحياة لم تجب الوصية له بعد الوفاة كالأجانب، ولأنها هبة وعطية فلم تلزم اعتبارا بحال الحياة.

فصل [6. في استئذان الورثة في الوصية لوارث أو بأكثر من الثلث]

إذا استأذن الورثة في الوصية لوارث أو بأكثر من الثلث فأذنوا له فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

إما أن يجيزوا في الصحة، أو في المرض الذي يحجر عليه فيه، أو أن يجيزوا بعد الموت فإن أجازوا في الصحة فلا يلزمهم ذلك، ولهم الرجوع فيه لأنه لا

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) منع ذلك أهل الظاهر، وفي ظاهر قول أحمد وهو قول الشافعي والمزني (انظر المحلى: (325/10)، مختصر الخرقي: (80)، مختصر المزني: (143)، المغني: (6/6).
(3) انظر التفريع: (322/2)، الرسالة: (223)، الكافي: (551).
(4) روي عن الزهري وأبي مجلز وقال أبو بكر بن عبد العزيز هي واجبة للأقربين غير الورثة، وهو قول داود ومسروق وطاوس وإياس وقتادة وابن جرير (انظر المغني: (2/6)
(5) في (ق): تورث.
(6) في (م): الوالدين.

حق لهم في الحجر عليه حال الصحة فأشبه إذن الأجنبي؛ لأنه لا يلزمه[1] إذا صار وارثا من بعد الموت[2]..

وإن أجازوا بعد الموت فذلك لازم من غير خلاف؛ لأن الإرث قد وجب لهم، فإذا تركوه بعد وجوبه جاز كما لو وهبوه ابتداء.

وإن أجازوه حال المرض المخوف لزم ذلك ولم يكن لهم الرجوع فيه[3]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4]؛ لأنها حال يملكون عليه الحجر فيها فإذا أذنوا فيما لهم منه لزمهم، كالسيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته، ولأنها حال تعتبر عطاياه فيها من الثلث كما بعد الموت، وإذا استأذنهم عند سفر فأذنوا له ففيها روايتان:

إحداهما أنه لا يلزم اعتباراً بالصحة، ولأن تصرفه في هذه الحال من رأس المال. والأخرى أنه يلزم اعتباراً بالمرض المخوف؛ لأنها حال خوف وخطر، وهذا في السفر البعيد الذي يخاف من مثله.

فصل [7. في الإذن المحكوم به]

الإذن المحكوم به إذا كان طوعاً لا خوفاً من إضرار بهم مثل أن يكون الوارث في عيال الموصي ونفقته، إن لم يأذن به قطع به، أو يكون له عليه دين يلزمه أن يكون سلطاناً يرهبه أو ما أشبه ذلك، فمتى كان الإذن على بعض هذه الوجوه لم يلزم وكان له الرجوع.

---

(1) في (م): لأنه يلزمه.
(2) الموت: سقطت من (ق).
(3) انظر: المدونة: (301/4)، التفريع: (2/321-322)، الرسالة: (223)، الكافي: (544).
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (158-159)، الإقناع: (130)، المهذب: (457/1).

فصل [8. هبات المريض وعطاياه]

هبات[1] المريض وعطاياه مراعاة فإن صح لزمته من رأس ماله وإن مات كانت من الثلث إلا أنها حال المرض موقوفة لا تنفذ[2]، وقال داود: هي جائزة من رأس المال الصحيح[3]:

ودليلنا قوله ﷺ: "إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند الموت زيادة في أعمالكم"[4]، فأخبر ﷺ أنه ليس لهم إلا الثلث ولا زيادة عليه، وروي أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه لا يملك غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ فتغيظ عليه غيظاً شديدا ثم دعى بهم فأسهم بينهم فأعتق ثلثهم وأرق ثلثيهم"[5]، ولأن حصول سبب الموت بمنزلة حضور الموت نفسه بدليل منع الهبة للوارث..

فإن نازعوا في ذلك دللنا عليه بإجماع الصحابة في قصة أبي بكر رضي الله عنه لما قال لعائشة رضي الله عنها: إني كنت نحلتك جذاد عشرين وسق ولو كنت حزيته لكان لك وإنما هي اليوم مال الوارث[6]، فبين تعلق حقوق الورثة به، وإن ذلك هو المانع من تسليمه إليها ولم يخالف عليه أحد، ولأنه إيجاب عطية في المرض كالوصية.

فصل [9. إذا أوصى بزيادة على الثلث ولم يجز الورثة]

إذا أوصى بزيادة على الثلث ولم يُجِز الورثة قسم الموصى لهم الثلث على حسب مبلغ[7] الوصايا من جملة المال، مثاله: أن يوصى بالنصف والثلث

---

(1) في ق: هبة.
(2) انظر المدونة: (326/4،282)، التفريع: (331/2)، الكافي: (545).
(3) انظر المحلى: (10/)، المغني: (71/6).
(4) سبق تخريج الحديث.
(5) أخرجه مسلم في الأيمان باب: من أعتق شركا له في العبد: (1288/3).
(6) سبق تخريج هذا الأثر.
(7) في (م): ومبالغ.

ولا يجيز الورثة فينظر أقل ماله نصف وثلث، وهي سنة مبلغ الوصية منها خمسة أسهم فيقسم الثلث بينهم على خمسة لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان، وكذلك بالثلث والربع يكون على سبعة من اثني عشر لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع ثلاثة على هذا الحساب[1]، وقال أبو حنيفة: يتساوى الموصى لهم في الثلث[2].

ودليلنا أنهما وصيتان، لو كانتا مطلقتين مرسلتين قسمتا على التفصيل، فإذا كانتا مقيدتين قسمتا[3] كذلك، أصله لو أوصى بالسدس والثمن، وبيان ذلك:

أنه لو أوصى لزيد بألف درهم وقدرها النصف، ولعمر بخمس مائة وقدرها الربع لاقتسمنا الثلث إذا لم يجز الورثة على التفصيل بحسب الوصايا، وهذا وفاق معهم فكذلك إذا قيّد بنسبة، ولأنهما وصايا تتفاضل (قصرت عن الثلث فوجب)[4] بحسبها أن تتفاضل في قسمة الثلث عليها إذا زادت عليه كالمرسلة.

فصل [10. في شراء ابنه بقدر ثلثه]

له أن يشتري ابنه بما يكون قدر ثلثه؛ لأن له التصرف في الثلث ويرثه؛ لأنه يعتق عليه وهو حر، وقال محمد بن مسلمة: يجوز له أن يشتريه بكل ماله اعتباراً باستلحاقه، وقال شيخنا أبو بكر في توريث ابنه: نظر؛ لأنه إخراج لورثته عن الميراث بعد ثبوت البيّنة لهم[5].

---

(1) انظر: المدونة: (317/4)، التفريع: (327/2،324).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (158) ومختصر القدوري- مع شرح الميداني: (174/4).
(3) قسمتا: سقطت من (ق).
(4) ما بين قوسين: سقطت من (ق).
(5) انظر: المدونة: (282/4)، التفريع: (329/2)، الكافي: (544).

فصل [11. إذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد]

وكذلك لو كان ابنان فوصى للرجل[1] بمثل نصيب أحدهما كان له نصف المال، على هذا الحساب ينظركم ذلك النصيب إذا انفرد عن الوصية فيكون هو الموصى به[2]، وقال أبو حنيفة والشافعي: يجعل الموصى له كأنه ابن آخر فيأخذ مع الابن الواحد النصف ومع الاثنين الثلث[3].

ودليلنا أنه إذا قال: أوصيت لك بمثل نصيب ابني فقد أحال بمعرفة القدر الموصى به على معرفة نصيب من أحال عليه فيجب أن يكون ذلك المحال عليه معلوما مقدراً قبل الوصية ليصبح العمل بقدرها منه، ومتى علقنا معرفة المحال عليه على مقدار الوصية فذلك تناقض واستحال لأن الوصية معلقة عليه ويصير هو معلقاً على الوصية فيكون ذلك جعل الشيء شرطا لما هو شرط له[4] فلا يصح، وإذا ثبت ذلك صح ما قلناه.

فصل [12. إذا أوصى لفلان بمثل نصيب أحد ورثته]

إذا أوصى لفلان بمثل نصيب أحد ورثته نظر إلى عدد رؤوسهم ثم أعطي جزءا منها[5]، ولا ينظر إلى اختلاف فروضهم ولا إلى الذكور والإناث، مثاله: أن يترك ستة ذكور وإناث، أو إناثاً وذكوراً[6] من نوع واحد كالبنين والبنات، أو الزوجات والجدات أو الإخوة والأخوات وغير ذلك فيعطى السدس، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الأنصباء إذا اختلفت مقاديرها لم يكن الأكثر بأولى من الأقل؛ فلم يبق إلا الاعتبار بالرؤوس[7].

---

(1) في (م): لرجل.
(2) انظر المدونة: (314/4)، التفريع: (327/2)، الكافي: (546-547).
(3) انظر مختصر الطحاوي: (157)- مختصر المزني: (143).
(4) هو شرط: سقطت من (م).
(5) في (م): جزءا واحدا.
(6) أو إناث وذكور: سقطت من (ق).
(7) انظر: التفريع: (328/2)، الكافي: (553).

فصل [13. إذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه]

إذا أوصى بسهم من ماله ولم يعينه أو بجزء منه أو بنصيب، فذلك كله[1] سواء، فاختلف أصحابنا في مقدار ما يلزم بالوصية بعد اتفاقهم على أنه يزاد على الثلث فمنهم (من قال يعطى الثمن)[2]، ومنهم من قال: يعطى[3] السدس، ومنهم من قال: ينظر إلى ما تبلغه قسمة الفريضة بالضرب إن احتيج إليه فيعطى سهما منه قلَّت السهام أم كثرت، وقال أبو حنيفة[4]: يدفع إليه مثل أقل سهام الورثة إلا أن يزيد إلى السدس فيكون له السدس[5]، وقال الشافعي يدفع: إليه الورثة ما شاءوا من غير مقدار مؤقت[6].

فدليلنا أولا على وجوب التقدير خلافاً للشافعي، أن السهم والجزء والنصيب عبارة عن التقدير؛ لأنه يقال هذا المال بينهم على كذا وكذا جزءا أو سهما أو نصيبا، فإذا ثبت ذلك فكأنه أوصى له بقدر وأجمل التقدير فيجب أن يطلب ما هو أولى بأن يكون أراده ومتى وكلناه إلى مشيئة الورثة زال التقدير، صار كأنه قال أوصيت بشيء فإذا ثبت التقدير:

فوجه القول بأنه يعطى الثمن أنه لما لم يكن بعض السهام بأولى من بعض وجب أن يدفع الأقل؛ لأنه متحقق[7]، وما زاد عليه مشكوك فيه؛ لإمكان أن يكون (أراده وإمكان أن يكون)[8] أراد ما دونه، فلم يجز أن يدفع إليه الشك.

---

(1) فذاك كله: سقطت من (ق).
(2) ما بين قوسين سقط من (م).
(3) في (م): بعض.
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (157)، مختصر القدوري- مع شرح الميداني: (176/4).
(5) فيكون له السدس: سقطت من (ق).
(6) انظر مختصر المزني: (143)، الإقناع: (130).
(7) في (ق): يتحقق.
(8) ما بين قوسين سقط من (ق).

ووجه القول بأنه يعطى السدس والجزء الذي ينقسم عليه الفريضة ما لم يزد على الثلث أن أصل حساب الفرائض السدس، وإنما ينشأ ما زاد عليه منه؛ لأنه أقل السهام في الأصول بخلاف[1] الثمن؛ لأنه ليس بأصل و إنما هو سهم يستحق بحجب عن أصل الفرض.

ووجه القول إنه يعطى سهماً مما انقسمت عليه الفريضة بالغاً ما بلغ أنه لما قال: له سهم من مالى أو جزء كان ذلك راجعاً إلى أجزاء ماله وسهامه فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفروض.

فصل [14. في التسوية بين الوصية في الصحة والمرض]

الوصية في الصحة والمرض سواء؛ لأنها تنفذ بعد الموت وليست بلازمة، والرجوع له فيما شاء منها إلا التدبير؛ لأنه إيجاب في الحياة، وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه وهو خروجه من الثلث، وكذلك العتق المبتل[2] في المرض[3].

فصل [15. في جواز وصية السفيه والمجنون حال إفاقته]

وتجوز وصية السفيه المحجور عليه لتبذير ماله، ووصية المجنون حال إفاقته[4]؛ لأنه إنما منع السفيه من إخراج ماله على غير عوض خوف الفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته والفقر مأمون عليه في تلك الحال فلا يبقى مانع منها.

وأما المجنون حال إفاقته فكالعاقل الذي لا جنون له فصحت وصيته؛ وتصح وصية الصبي الذي يعقل[5] وجوه القُرَب وإن لم يبلغ خلافاً لأبي

---

(1) في (ق): يختلف.
(2) المبتل: أبي المقطوع والبائن (المصباح المنير: 35).
(3) انظر: التفريع: (331/2)، الرسالة: (ص223)، الكافي: (ص547).
(4) انظر الموطأ: (762/4)، التفريع: (325/2)، الكافي: (545).
(5) في (م): يعرف.

حنيفة وأحد قولي الشافعي[1]، ولأن ذلك مروي عن عمر وعثمان وعلي وغيرهم رضوان الله عليهم[2]، ولا مخالف لهم، ولأنه عاقل عارف بوجوه القُرَب كالبالغ، ولأن الفقر مأمون عليه بعد الموت.

فصل [16]. في صحة الوصية إلى المرأة وإلى العبد

تصح الوصية إلى المرأة وإلى العبد كان العبد له أو لغيره[3] خلافاً للشافعي في العبد[4]، ولأنه مأمون في نفسه يتأتى منه تنفيذها فأشبه الحر الذكر.

فصل [17]. في منع الوصية إلى فاسق

لا تجوز الوصية إلى فاسق لا يؤمن عليها، ولا تُقَّر في يده[5] لأنه قد تعلق بالوصية إليه حقوق الموصى لهم، فإذا لم يكن مأموناً لم يؤمن منه إتلافها فلم يجز ولايته، ولا يراعى في ذلك اختيار الميت له؛ لأنه ليس له أن يختار على غيره من لا يؤمن إتلافه وإضاعته.

فصل [18]. عدم جواز ترك الوصية بعد قبولها

إذا قبل الموصى إليه ثم أراد تركها لم يجز له ذلك إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها[6]، خلافاً للشافعي في إجازته تركها[7]؛ لأنها قربة وفعل خير ألزمه نفسه لم يكن له الخروج منه بغير عذر اعتباراً بالصوم والحج.

فصل [19]. فيما إذا أوصى إلى رجلين

إذا أوصى إلى رجلين فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

(1) انظر: مختصر الطحاوي: (161)، الإقناع: (129).
(2) انظر: الموطأ (762/2)، سنن البيهقي: (137/10)، عبد الرزاق: (78/9).
(3) أنظر: المدونة: (287/4)، التفريع: (326/2)، الكافي: (548).
(4) أنظر: الأم: (120/4)، مختصر المزني: (ص146).
(5) انظر المدونة: (285/4)، التفريع: (326/2)، الكافي: (548).
(6) انظر الأم: (97/4-98)، الإقناع: (130).
(7) في م لا ينفصل.

إما أن يكون نص على الاجتماع فيقول: لا ينفرد[1] أحدهما عن صاحبه[2] في النظر فيكون على ما قلناه[3]..

أو أن ينص على الجواز فيقول: أوصيت إليكما وإلى كل واحد منكما فلا خلاف في هذا أيضاً أنه يجوز أن ينظر إلى كل واحد منهما منفرداً عن الآخر..

أو أن يطلق فيقول أوصيت إليكما ولا يذكر اجتماعا ولا انفراداً: فحكم ذلك عندنا حكم النص على الاجتماع خلافاً لأصحاب أبي حنيفة؛ لأنه شرك بينهما في النظر فلم يكن لأحدهما الانفراد به اعتباراً بالوكالة؛ لأنه إذا أوكلهما في بيع لم يكن لأحدهما الانفراد بذلك باتفاقنا[4].

فصل [20. في الوصية بثلثيه إلى رجل وبولده إلى آخر]

للرجل أن يوصى بثلثه إلى رجل وبولده إلى آخر[5]؛ لأن الوصية في معنى الوكالة، وله أن يوكل في حقوقه كلها وفي بعضها وكيلا واحدا أو وكلاء عدة.

فصل [21. في الوصية بالنظر في حقوق مخصوصة]

إذا أوصى لرجل بنوع من حقوقه مخصوص دون غيره لم يكن له النظر في غيره إذا خصه بذلك[6]؛ لأنه إنما يملك النظر بتولية صاحب الحق فلم يطلق توليته أو يقيدها:

---

(1) في (م): الآخر.
(2) في (م): قاله.
(3) في ق: النقد.
(4) انظر: المدونة: (287،290/4)، التفريع: (332/2)، الكافي: (548).
(5) انظر: المدونة: (299/4)، التفريع: (332/2).
(6) انظر: المدونة: (300،313/4)، الكافي: (546-548).

فأما إن أطلق فقال: وصيتي إلى فلان أو قال فلان وصيِّي فإنه يكون في كل شيء يجوز أن يوصى به من النظر في ثلثه، والولاية على صغار ولده، وقضاء ديونه، خلافاً للشافعي في قوله إنه لا تصح الوصية[1]؛ لأن الإطلاق يقتضي العموم فأشبه أن ينص على ذلك..

فأما إن أوصى إليه بنوع ولم يذكر قصره عليه ولا أنه ليس إليه النظر في غيره فقيل: هو كالوصية المطلقة؛ لأنه أقامة مقامه ولم يقصره على ما سمَّاه، وقيل: لا يكون وصياً إلا فيما عين له ونص عليه؛ لأنه لا يملك الوصية إلا بالتولية، فإن أوصى بشيء مخصوص لم يملك النظر في غيره وليس يحتاج إلى أن يلفظ بقصره عليه؛ لأن المنع هو الأصل وإنما الذي يحتاج إليه هو النص على التولية.

فصل [22. فيما إذا أوصى إليه وأطلق الوصية]

إذا أوصى إليه وأطلق الوصية ولم يقل: ليس لك أن توصي[2]، فله أن يوصي بما أوصى به إليه، وقال الشافعي ليس له ذلك إذا أطلق الوصية، وأما إن أذن له فله قولان: أحدهما أنه يملك أن يوصي، والآخر أنه لا يملك[3]:

فدليلنا على أنه يملك إذا أذن له أنه يملك[4] يوصى إليه ويقول: إن متّ فوصيتي إلى فلان؛ فإذا صح ذلك قلنا: لأن كل ما صح أن يليه بنفسه على وجه الوصية بعد الموت جاز[5] أن يوليه غيره أصله الوصية المباشرة..

ودليلنا أنه إذا أطلق فإن للموصي[6] أن يوصي، وأن ذلك معنى ملَّكَه الموصى إليه إذا نص له، فوجب أن يملكه بإطلاق الولاية أصله كسائر

---

(1) انظر: الأم: (120/4)، المذهب: (463/1).
(2) أن توصى سقطت من (م).
(3) انظر المراجع السابقة.
(4) أنه يملك: سقطت من (م).
(5) في (م): بعد موته صح.
(6) في م: للوصي.

الحقوق التي يوصي فيها، ولا يدخل عليه الوكالة لأنا شرطنا التولية في وصيته.

فصل [23. جواز عفو الرجل عن قاتله عمدا وعدم جوازه في الخطأ]

يجوز عفو الرجل عن قاتله عمدا، ولا يجوز ذلك في الخطأ[1]، إلا أن تكون الدية ثلث التركة أو أقل:

والفرق بينهما أن الواجب بقتل العمد قود فليس فيه إخراج مال عن الورثة، والواجب بقتل[2] الخطأ مال وليس له في المال إلا الثلث.

فصل [24. في صحة الوصية للقاتل عمدا أو خطأ]

تصح الوصية للقاتل عمداً أو خطأ[3] خلافاً للشافعي[4]، لقوله تعالى: ﴿ فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَ مَا سَمِعَهُۥ ﴾[5]، فعم، ولأنها هبة فالقاتل لا يمنعها اعتباراً بحال الحياة، ولأنه تمليك فصح في القاتل كإسقاط الحقوق.

فصل [25. إذا قتل الموصى له الموصى عمدا]

إذا قتله الموصى له عمدا بطلت الوصية[6] إلا أن يعلم بقتله فيقره عليها، فإن قتله خطأ لم تبطل؛ لأنه معنى يستحق بالموت لا يصح تقدمه عليه فوجب أن يبطل بقتل العمد كالميراث، وأن لا يبطل بقتل الخطأ كالميراث، ولا يكون له شيء من الدية المستحقة على عاقلته..

وأما إن علم بأنه قتله عمدا فأقره على الوصية بأنه يكون كالمبتدئ لها فيصح.

---

(1) انظر: المدونة: (296/4)، التفريع: (322/2)، الكافي: (545).
(2) في (ق): في قتال.
(3) انظر: المدونة: (296/4)، التفريع: (323/2)، الكافي: (545-546).
(4) في أحد قوليه انظر الإقناع: (128)، المهذب: (458/1).
(5) سورة البقرة، الآية: (181).
(6) في (م): وصيته.

فصل [26. إذا أوصى لرجل بجزء من ماله وللآخر بدنانير مسميات]

إذا أوصى لرجل بجزء من ماله وللآخر بدنانير مسماة[1] وضاق الثلث على الوصيتين ففيها ثلاث روايات[2]:

إحداها البداية بالجزء من ماله التسمية، والثانية البداية بالتسمية عن الجزء، والثالثة إنهم يتحاصون بقدر[3] وصاياهم.

فوجه الأولى أن التجزئة آكد من التسمية في الأصول؛ لأنها قد ثبتت في مواضع تبطل فيها التسمية، ألا ترى أنه لو وصى له بألف درهم فتلف المال إلا ألفاً لم يستحق الموصى له إلا قدر ثلثه، ولو أوصى له بجزء من ماله لكان ذلك مستحقاً على كل وجه فيما يبقى بعد التلف[4] أعني أنه يكون له ربع الباقي إن أوصى له بالربع أو سدسه إن أوصى بالسدس، وكذلك في الاستثناء في بيع الثمار وإن كان كيلا مسمى يعتبر[5] فيه قدر الثلث، وإن كان جزءاً فما شاء[6]، وإذا ثبت قوة التجزئة على التسمية (كانت آكد فقدمت عليها ووجه الثانية أن)[7] التسمية آكد بالنص على مقدارها[8] بخلاف التجزئة.

ووجه الثالثة أنها جهة تستحق بالوصية، فلم يكن أحدهما أولى من الآخر فلم يبق إلا التحاصص.

---

(1) في (ق): مسميات.

(2) انظر: المدونة: (306/4)، التفريع: (328/2)، الكافي: (554).

(3) في (ق): بعدد.

(4) في م: بعد الموت وفي ر: بعد الثلث.

(5) في (م): اعتبر.

(6) في ق: وإن كان جزءاً فما بمان.

(7) في (ق): ما بين قوسين: سقطت من (م).

(8) في (م): مقاديرها.

فصل [27. إذا أوصى له بشيء بعينه فتلف]

إذا أوصى له بشيء بعينه فتلف الموصى به بطلت الوصية؛ لأن المعين[1] يبطل الحق بتلفه كالمبيع بعينه إذا تلف قبل القبض مع بقاء التوفية، وكذلك الدابة المكتراة بعينها إذا ماتت إن العقد ينفسخ في ذلك كله، فإن تلف ثلثا تلك العين فالتلف الباقي للموصى له إن احتمله كل المال[2]، خلافا لأبي ثور[3] في قوله: إن للموصى له ثلث الباقي وللورثة ثلثاه[4]؛ لأن الثلث يحتمله مع الوصية بالعين فوجب أن يستحقه كما لو أوصى له بعبد أو بثواب واحتمله الثلث..

فأما إن كانت الوصية بما الغرض منه المنافع[5] وما يموت عنه فلا يتعين في شيء بعينه نحو قوله: وصيت بثيابي لفلان؛ لأنه له ما يموت عنه من ثياب سواء كانت الثياب التي يملكها يوم الوصية أو تلفت واستحدث غيرها.

فصل [28. إذا أوصى لميت يعلم بموته]

إذا أوصى لميت يعلم بموته صحت الوصية فتقضى منها ديونه وزكوات وكفارت[6] إن كانت عليه، فإن لم يكن عليه شيء من ذلك كانت لورثته[7]، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح بوجه[8]: فدليلنا قوله تعالى:

---

(1) في (م): التعيين.

(2) انظر: المدونة: (278/4)، التفريع: (328/2)، الكافي: (552).

(3) **أبو ثور:** إبراهيم بن خالد، أو ثور الكلبي البغدادي مفتي العراق سمع من سفيان ووكيع بن الجراح وحدث عنه أبو داود وابن ماجه قال النسائي عنه: ثقة مأمون أحد الفقهاء ت: (240)، (شذرات الذهب: 93/2)، سير أعلام النبلاء: (72/12).

(4) انظر المحلى: (433/1)، المغني: (134/6-159).

(5) في (م): المبلغ.

(6) في (ق): كفارة.

(7) انظر المدونة: (296/4)، التفريع: (323/2)، الكافي: (553-554).

(8) انظر مختصر الطحاوي: (157)، الإقناع: (131).

﴿ فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَ مَا سَمِعَهُۥ ﴾[1] فعم، ولأنه آدمي كالحي، ولأنها إحدى حالات الآدمي كالحياة، ولا يدخل عليه إذا لم يعلم به؛ لأن الغرض إلحاق أحد النوعين بالآخر؛ ولأن الغرض بالوصية نفع الموصى له على وجه يصح من العقلاء وذلك يختلف باختلاف أحوال من يوصى له: فتارة يكون بالتمليك كالحي، وتارة يكون بغيره كالوصية للمسجد والقنطرة والجسور وما أشبه ذلك، فإذا أوصى لمسجد فقد علم أنه لم يرد تمليكه وإنما أراد صرف الوصية في مصالحة وكذلك الجسر والقنطرة، وكذلك إذا أوصى لميت وهو يعلم أنه ميت إنما أراد[2] صرف الوصية في وجوه نفعه ومصالحه، فإن كان عليه دين[3] قضى منها وإلا كانت لورثته أو تصدق بها عنه[4]، ولأنه أراد أن يكون كماله، وأما إذا كان عنده أنه حي فلا تصح الوصية؛ لأنه أراد تمليكه ولم يرد ما ذكرناه.

فصل [29. إذا أوصى لقرباته أو لأهله]

إذا أوصى لقرباته أو لأهله: ففي القربات يكون للأقرب فالأقرب لا يدخل معهم ولد البنات، وفي الأهل يكون للعصبة إلا إن أراد ذوي رحمه، وروي أنه يدخل في ذلك العصبة وذوي الأرحام من لا يرثه وولد البنات والعمات والخالات[5]:

فوجه الأول أن اسم القرابة مستحق من القرب، فوجب أن يستحقه من يطلق عليه الاسم ولا يدخل عليه ولد البنات؛ لأن قرباهم يختص لغيره، والأهل هم العصبة على الإطلاق؛ لأنهم الذين يعقلون عنه ويملكون الولاية

---

(1) سورة البقرة، الآية: (181).
(2) في م: قصد.
(3) في (م): ديون.
(4) في (ق): عليه.
(5) انظر: المدونة: (4/315-316)، الكافي: (554).

في النكاح والصلاة على الجنازة ووجه الثانية أن اسم القرابة والأهل يشتمل على كل من مسَّه به[1] رحم وهذا أصح.

فصل [30. إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به]

إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فالوصية فيما علم به دون ما لم يعلم به[2]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في قولهما: إن الوصية فيما علم به وفي ما لم يعلم به[3]؛ لأن ما لم يعلم به فقد تحققنا أنه لم يقصده بالوصية فلم يكن له مدخل فيها أصله إذا أوصى بثلث هذه الدار فإنه لا يدخل عليه الوصية في غيرها من التركة؛ لأنه لم يرده.

وإذا دبَّر عبداً وله مال يعلم به ومال لا يعلم به: فالمدبر لا يخرج من مال الذي يعلم به ففيها روايتان: إحداهما أن المدبر يكون في المالين كالدين؛ لأنه لا يجوز له الرجوع عنه، والثانية أنه يكون فيما علم به؛ لأنه معتبر من الثلث كالوصية.

فصل [31. إذا أوصى لوارث وأجنبي فلم يجز الورثة وصية الوارث]

وإذا أوصى لوارث وأجنبي فلم يجز الورثة وصية الوارث فإنهم يحاصون الأجنبي بوصية الوارث فما حصل له رجع ميراثاً، وما بقي بعد ذلك فلأهل الوصايا[4]، وقال الشافعي يبطل حق الوارث[5]:

فدليلنا على المحاصة أن الميت شرَّك مع الأجنبي غيره في الثلث فكأنه أعطاه[6] الباقي عن عطية الوارث بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصية للوارث

---

(1) به: سقطت من (م).
(2) انظر: المدونة: (305/4)، التفريع: (329/2)، الكافي: (553-554).
(3) انظر: مختصر الطحاوي: (162- الأم: (90/4).
(4) انظر: المدونة: (307/4)، التفريع: 324/3)، الكافي: (544).
(5) انظر: الأم: (110/4)، الإقناع: (130).
(6) في (ق): أعطى.

لم يستحق الأجنبي إلا السدس، وإذا ثبت ذلك لم يكن له زيادة عليه بامتناع الورثة من الإجازة.

فصل [32. إذا هلك الموصى له قبل موت الموصى]

إذا هلك الموصى له قبل موت الموصي فلا شيء له، وإن كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم قبل موت الموصي فيها ثلاث روايات[1]:

إحداها[2] أنه يحاصّ أهل الوصايا بقدر وصيته على علم بموته أو لا[3]، فما أصابه كان لورثة الموصي ولا شيء لورثة الموصى له.

والأخرى أنها تبطل وصيته ولا يحاصّ أهل الوصايا بها علم بموته أو لم يعلم[4].

والثالثة[5] أنهم يحاصون إن لم يعلم ولا يحاصون إن علم.

فوجه الأولى أن الموصي قصد إعطاءهم ما بعد وصية الميت فلم يستحقوا زيادة على ذلك كما لو لم يمت، وإن لم يعلم فهو على العقد[6] الأول وإن علم فتركه إن تبين إقراراً منه فالأمر[7]على ما كان عليه.

ووجه الثانية أن الموصي قد صرف إليهم المال وأخرجه عن تركته فلم يجز أن يرجع ميراثا، فإن لم يعلم فالقصد على ما كان عليه، وإن علم ولم يعين فذلك دلالة على تبقيته إياه.

---

(1) انظر المدونة: (296/4)، التفريع: (323/2)، الكافي: (554).
(2) في (م): إحداهن.
(3) أم لا: سقطت من (ق).
(4) في (م): أولا.
(5) في (م): والثانية وهو غلط.
(6) في (م): على القصد.
(7) فالأمر: سقطت من (ق).

ووجه الثالثة إنه إذا لم يعلم وقعت المحاصة؛ لأنه لم يرد أن يكون لهم جميع المال الموصى به، فإذا علم فتركه أن يصرف المال إلى الجهة أخرى، رضا منه بأن يكون[1] باقيا على حكم الوصية.

فصل [33. إذا أوصى بعبد من عبيده]

إذا أوصى له بعبد من عبيده وهم عشرة مثلا، أو بعير من إبله، أو بشاة من غنمه فله عشرهم بالقيمة كان ذلك رأسا أو أقل أو أكثر[2]؛ لأن ذلك هو العدل بين الورثة والموصى له: وذلك أن الرأس من العشرة عشرهم فلابد أن يعتبر بعدد الرؤوس أو بالقيم:

ففي اعتبار الرؤوس تعارض الدعاوى؛ لأن الورثة يقولون: نعطيه أدونها قيمة والموصى له يقول: أعلاها وليس أحدهم[3] أولى من الآخر، فلم يبق إلا اعتبار القيمة، فإن مات من العشرة ثمانية وبقي اثنان فله نصفهما بالقيمة، ولو مات خمسة كان خمس الباقي..

وإن كانت الوصية بجزء منهم فوصى بعشرهم وهم عشرة فهلك ثمانية وبقى اثنان لكان عشرهما بالقيمة؛ لأن من مات من العشرة كأنه لم يكن، فلا اعتبار به.

فصل [34. إذا أوصى الرجل بنفقته عمره]

وإذا أوصى الرجل بنفقته عمره فإنه يعمر عند مالك سبعين سنة، وعند عبد الملك تسعين، وينظر كم مضى منها إلى يوم الوصية فحسب له نفقة ما بقي بالاجتهاد في نفقة مثله وكسوته وسكناه: فيفرض له مقدار ذلك، فإذا عرف قدره جعل على يدي وصي أو أمين وأنفق عليه إما شهراً بشهر أو

(1) في م: بكونه.
(2) انظر المدونة: (278/4)، التفريع: (329/2)، الكافي: (553).
(3) في ق: أحدهما.

أسبوعاً بأسبوع أو سنةً بسنة على ما يؤدي إليه الاجتهاد مما لا يستضر به، فإن مات قبل استيفاء ما أعد له من النفقة رجع باقي نفقته لورثة الموصي أو إلى أهل الوصاية إن كان المال ضاق عن استيفائها، وإن كان عاش زيادة على التعمير فلا شيء له، وقال أشهب يرجع إلى أهل الوصايا فيحاصهم ثانية[1].

وإنما قلنا: إنه لا يعمر لأنا لو لم نقل ذبك لم ندركم نعطيه لأنا إن أنفقتا عليه أبدا إلى أن يموت، ومدة بقائه مجهولة أضر بالورثة حيث حبس حقوقهم عنهم، وإن لم يعطه شيئاً حتى يعلم كم بقى من عمره فإن ذلك غاية المحال فلم يبقى إلا التعمير.

وإنما قلنا: يعمر سبعين؛ لأنه غالب التعمير وقد قال ﷺ: "أعمار أمتي ما بين[2] الستين إلى السبعين وأقلهم ما يجاوز ذلك"[3]، ووجه قول عبد الملك تسعين سنة؛ لأنها الغالب من تناهى الأعمار وقول مالك أصح، ولو أوصى لمن له سبعين أو ثمانين لم يكن له[4] إلا الاجتهاد في نفقته مثله..

وإنما قلنا: إنه ينفق عليه على ما ذكرناه ولا يسلم إليه دفعة ليتم غرض الموصي؛ لأن غرضه امتداد الإنفاق بقية عمره، وإذا سلمت النفقة إليه جاز أن يتلفها لوقته أو يسرف في صرفها غرض الموصي.

وإنما قلنا: إنه إذا مات قبل استيفاء المدة والنفقة كان باقي النفقة لورثة الموصي؛ لأن الموت سبب استحقاقها فعادت ميراثاً، وذلك كقوله: إذا مت ودخل زيد الدار فأعطوه ديناراً فمات زيد قبل دخوله فيعود ميراثا، ولا شيء

---

(1) انظر التفريع: (330/2)، الكافي: (554).
(2) في (م): من.
(3) أخرجه البيهقي: (370/3)، والحاكم: (427/2)، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.
(4) في (م): فيه.

لورثة الموصى له؛ لأنه لم يكن مالكا لها[1] فتنقل إلى (ورثته؛ لأن الموصي أراد إيصالها إليه لا إلى)[2] ورثته.

وإنما قلنا: إنها تعود إلى الوصايا إن كان المال ضاق عنها؛ لأن الوصايا أولى بالثلث من الورثة وإنما دخلها النقص عند المزاحمة، فإذا مات عن شيء[3] مما أوصى له زالت المزاحمة في ذلك القدر فعاد إلى الوصايا..

وإنما قلنا: إنه إن عاش زيادة على التعمير فلا شيء؛ لأن ذلك الحكم الذي قد نفذ فلا ينتقض[4] باجتهاد آخر، ووجه قول أشهب أنا نتبين لبقائه بعد التعمير غلط[5] ذلك الاجتهاد، فإذا أمكن تلافيه وجب العود فيه، ولأنه لما كان موته قبل استيفائه يوجب رده المال إلى الوصايا إذا احتاجت إليه كان بقاؤه بعدها يوجب عوده عليها، وإنما قلنا: إن هذه النفقة من الثلث؛ لأنها وصية فكانت في الثلث كسائر الوصايا.

فصل [35. في وصية المريض]

الأمراض على ضربين:

منها ما لا يخاف في العادة وذلك كالجذام والبرص والبلغم والجنون الذي يفيق معه أحياناً فهذا حكمه حكم الصحة لا يمنع صاحبه التصرف في شيء من ماله بعوض وبغير عوض، وما يهبه ويتصدق له نافذ من رأس ماله..

والضرب الآخر ما يخاف منه هو الذي لا يؤمن ترقبه[6] إلى الموت: كالحمى الحادة والسل وذات الجنب وما أشبه ذلك، فهذا هو الذي يتعلق

---

(1) في (م): مالكها.
(2) ما بين قوسين سقط من (م).
(3) في م: بقيه.
(4) في (م): ينقض.
(5) لعلها غلط.
(6) في (ق): توفيه.

عليه حق الحجر على من وجد به فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج وشراء[1] ما يحتاج إليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب، ويمنع مما سوى ذلك، مما يخرج[2] على غير بدل يحصل للورثة من هبة أو صدقة، ويكون ما فعل من ذلك موقوفاً على موته فينفذ من الثلث أو على صحته فينفذ على ما بيناه، ولا يمنع من التصرف بالمعاوضة المعتادة في التجارة التي لا يحابى[3] معها كالبيع والشراء بمثل ثمن المثل والإجارة والرهن والأخذ بالشفعة وما أشبه ذلك.

وإنما قلنا: في القسم الأول إنه لا يوجب الحجر؛ لأن الخوف إذا عدم معه لن يتعلق للورثة حق؛ لأن علته ثبوت الحجر لهم الخوف من الموت؛ لأن حضور سبب الشيء جارٍ في المنع مجرى حضور نفسه، فإذا عُدِم هذا المعنى زال ما يجب[4] بوجوده.

وإنما قلنا: إن الحجر لا يتعلق بما يحتاج إليه؛ لأن حقه مقدم على حق[5] الورثة، فلا يثبت لهم حق الحجر إلا فيما فضل عن حاجته؛ لأن الحجر لا يدخل في الواجبات وإنما يدخل في التطوع، ولأن الوصية مقدمة على الميراث بحق الوصية[6] فحقه حال الحياة أولى.

وإنما قلنا: إنه يمنع من سرف أو ما يخرج عن عادة في قدر ما يحتاج إليه؛ لأن ذلك إخراج مال على غير عوض يستفيده أو ورثته فكان في معنى إضاعته وذلك ممنوع فيه.

---

(1) في (م): وشراء.
(2) في (ق): يجرى.
(3) في (ق): لا محباه.
(4) في (ق): يوجب.
(5) في (م): حقوق.
(6) في (م): لحق الموصى.

وإنما قلنا: إن تصرفه في المعاوضات جائز إذا لم يكن فيها محاباة؛ لأن الحجر لا يوجب المنع من التقلب في المال؛ لأن الورثة لا يتعلق لهم حق في أعيان المال وإنما الحق لهم في مقداره ومبلغه.

فصل [36. الحجر على وصايا المريض المخوف عليه وما في حكمه..]

الحامل إذا بلغت ستة أشهر والمحبوس للقتل في قصاص أو حد والزاحف في الصف؛ كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه في وجوب الحجر عليهم[1]، خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في إجازتهما لهم التصرف، ما لم يضرب الحامل الطلق ويقرب المحبوس إلى القتل وتقدم الزاحف إلى البراز[2]، لقوله تعالى: ﴿ فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا ﴾[3] قيل في التفسير لما بلغت ستة أشهر[4]، ولأنها بلغت حد الوضع كبلوغها حال الطلق، ولأن الله تعالى[5]، قد جعل حضور سبب الموت كحضور الموت نفسه فقال: ﴿ وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنتُمْ تَنظُرُونَ ﴿١٤٣﴾ ﴾[6] يريد أسبابه وعلاماته، وهذا موجود في المحبوس للقتل والزاحف في الصف، ولأن تجويز الموت عليهم مع حضور سببه كتجويزه على المريض مع اختلاف الأمراض المخوفة في زيادة بقاء المرض[7] وسرعة تلفه، فإذا كان لاعتبار به فكذلك في مسألتنا.

أما الراكب في البحر الخائف من الغرق: فقال ابن القاسم: حكمه الصحيح، وقال أشهب: حكمه حكم الحامل إذا بلغت ستة أشهر

(1) انظر: الموطأ: (765/2)، التفريع: (331/2)، الرسالة: (223)، الكافي: (545).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (159)، الأم: (119/4).
(3) سورة الأعراف، الآية: (189).
(4) انظر: تفسير الطبري: (144/9).
(5) في (م): عز وجل.
(6) سورة آل عمران، الآية: (143).
(7) في ق: في زيادتها المرض.

والزاحف في الصف، وهذا أقيس؛ لأنها حال خوف على النفس كإثقال الحامل.

فصل [37. إذا أوصى بوصيتين أو أكثر]

إذا أوصى بوصيتين أو أكثر:

فإن لم يكن فيها تناقض وما يدل على رجوع نفذ جميعها، وإنما وجب ذلك لأن قصده إلى تنفيذها جميعها ممكن ولا شيء يدل على رجوعه فوجب تنفيذ الكل..

وإن كان فيها رجوع عن بعضها نفذ ما لم يرجع فيه وبطل ما رجع عنه؛ لأن ما رجع عنه مفسوخ بما ثبت عليه.

فإن أوصى لرجل في موضعين بدنانير أو غيرها مما يكال أو يوزن مما لا يتعين من نوع واحد ولم يذكر إبطالاً لأحدهما ولا أنهما جميعاً للموصى له فله واحدة منهما لاحتمال أن تكون الآخرة تكراراً لابتداء..

فإن كانت إحداهما أكثر من الآخرة فله الأكثر منهما؛ لأنها إن كانت هي الآخرة فقد زاد على الأولى، وإن كانت هي[1] الأولى فيحتمل أن يكون الأقل رجوعا عنها إلى الأقل، ويحتمل أن يكون زيادة مضمومة إليها فالأولى متيقنة فكانت أولى من الأقل هذه رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم عن مالك..

وذكر ابن حبيب ومطرف[2] وابن ماجشون عنه أنه ينظر إلى الأكثر: فإن كان هو في الأولى أعطي الجميع، وإن كان في الآخرة أعطي الأكثر فقط،

---

(1) هي: سقطت من (ق).

(2) **مطرف:** أبو مصعب مطرف بن عبد الله بن يسار الهلالي، ابن أخت الإمام مالك وأحد أصحابه المشهورين تفقه به وبعبد العزيز بن الماجشون وروى عنه أبو زرعة وأبو حاتم وغيرهما ت (220) هـ (الديباج المذهب: (340/2)، وشجرة النور الزكية: (57).

قال: لأنه إذا كان الأكثر هو أول الوصيتين (حمل الأقل بعده على أنه سبيل فيه قراره، وإن كان الأقل أو له الوصيتين)[1] كان رجوعا عن الأولى، هذا الحكم فيه إن كان من نوع واحد، وإن كان من أنواع شتى[2] مثل دنانير وثياب أو عروض فله الوصيتان جميعا ولا مقال للورثة؛ لأنه لا ينسب إلى تكرار ولا إلى رجوع عن أحدهما[3].

فصل [38. إذا أوصى بشيء بعينه لرجل ثم أوصى به لآخر]

إذا أوصى بشيء بعينه مثل عبد أو دابة أو ثوب لرجل ثم أوصى به لآخر ولم يذكر رجوعا عن الأول كان بينهما نصفين[4]، خلافاً لمن يقول يكون للأول، ولمن قال إنه للثاني[5]؛ لأن وصيته به لآخر لا تحتمل[6] الرجوع وتحتمل الشركة فلم يحمل على الرجوع مع إمكان غيره ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان كان رجوعاً؛ لأنه نقله عن المحل[7] الأول للذي جعله بعده فانتفى الاحتمال.

فصل [39. إذا أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم أوصى به لرجل أو العكس]

فإن أوصى بإعتاق عبد بعينه ثم وصَّى به لرجل أو أوصى به لرجل أولا ثم ثانية بالعتق فالآخرة نقضٌ للأولى أيهما كانت هذا قول ابن قاسم.

وقال أشهب: الحرية أولى قدمت أو أخرت، ولابن القاسم أنه قد ثبت أن الوصية للثاني يحتمل الرجوع ويحتمل الشركة وإذا احتملت الشركة (لم يجز حملها على الرجوع على ما بيَّناه[8].

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) شتى: سقطت من (م).
(3) انظر: المدونة: (313/4،304)، التفريع: (332/2)، الكافي: (544).
(4) انظر: المدونة: (313/4)، الكافي: (545).
(5) قاله جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: أنها للآخر منهما (انظر المغني: 64/6).
(6) في م و ر: يحتمل.
(7) في ق: الحمل.
(8) انظر المدونة: (313/4)، الكافي: (544).

فصل [40. فيما إذا لم يحتمل الشركة في الوصيتين]

فإذا لم يحتمل الشركة)[1] لم يبق إلا الرجوع، وذلك أن العتق لا يجوز[2] الاشتراك فيه؛ لأنه بمنزلة ابتداء بتبعيضه، وإذا امتنع ذلك لم يبق إلا الرجوع[3]، ولأشهب: أن العتق مغلب على غيره فوجب تقديمه.

فصل [41. متى تجب الوصية]

الوصية لا تجب إلا بموت الموصي وقبول الموصى له بعد موته؛ لأن الموصي ما دام حياً فله الرجوع في الوصية فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله.

وإذا مات وجب أن يكون للموصى له حق القبول، فإن قبل تمت الوصية، وإن ردها عادت ميراثاً أو فيما جعلها فيه إن كان شرط ذلك، ولا يدخل في ملكه بموت الموصي دون القبول[4]، خلافاً لأحد أقاويل الشافعي[5]؛ لأنه تمليك عين فافتقر إلى القبول كالهبة واعتبار بالهبة حال الحياة.

وأما إن مات الموصى له قبل أن يقبل أو يرد، فقد قال شيخنا أبو بكر الأبهري: الأشبه أن تكون لورثة الموصي بها (لأنها على أصل ملك أبيهم إلى أن يخرج عنهم بقبول الموصى له)[6].

وقال غيره من شيوخنا يكون القبول لورثة الموصى له؛ لأنه حق وجب له؛ فإذا مات انتقل إلى ورثته فقاموا فيه مقامه كسائر الحقوق وهذا كأنه أقيس.

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) في م لا يكون.
(3) في م: أنه رجوع.
(4) انظر الموطأ: (766/2)، التفريع: (321/2)، الكافي: (543).
(5) انظر مختصر المزني: (143)، الإقناع: (130).
(6) ما بين قوسين سقط من (م).

فصل [42. إذا أوصى لرجل بشيء من ماله بعينه وله أموال كثيرة]

إذا أوصى لرجل بشيء من ماله بعينه وله أموال كثيرة من عين وعروض وعقار وديون، وكان ما أوصى به دون الثلث من جميع تركته فقال الورثة: لا نعطيه هذا لأنا لا نأمن أن يتلف الديون أو العروض قبل القبض أو البيع فيكون قد فات[1] بالعين التي أخذها:

فعندنا أنهم مخيَّرون بين أن يدفعوا إليه ما أوصى له به، أو يفرجوا له عن جميع ثلث الميت، ثم هل يقطع له بثلثه[2] في جميع التركة، أو في الشيء الموصى له به بعينه على روايتين[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي: له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا في جميع ما تركه الميت حتى يستوفى تمام قيمته[4].

فدليلنا أن الورثة متعدى عليهم؛ لأن الميت لم يكن له أن يوصي من العين بأكثر من قدر نصيبه منه وهو الثلث منها، فلما وصَّى بجميعها كان متعديا فكان الخيار للورثة بين أن ينفذوا ما وصَّى به أو يفرجوا عن الثلث؛ لأنه إذا تعدى إلى مال ليس له وجب رد تعدِّيه إلى ماله وإذا كان كذلك ثبت ما قلناه.

ووجه قصر الثلث على العين الذي وصَّى بها فلأنه لم يُرِد الوصية بغيرها وإنما أراد هذه العين فمهما وجدنا سبيلا إلى إخراج العين كان أولى.

ووجه القول الآخر أن التعدي إذا سقط ورد إلى الثلث صار في حكم من وصَّى بالثلث ابتداء.

---

(1) في م: قد فاز.
(2) في (ق): بمثله.
(3) انظر: المدونة: (305/4)، التفريع: (324/2)، الرسالة: (223)، الكافي: (550).
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (158)، الإقناع: (130).

فصل [43. إذا ضاق الثلث عن الوصايا]

إذا ضاق الثلث عن الوصايا قدم الأوكد فالأوكد: فالمدبر في الصحة يقدم على المبتل[1] في المرض، وعلى المدبر في المرض لقوة التصرف في الصحة على التصرف في المرض، والعتق المبتل في المرض يقدم على الوصية بالعتق لأن المبتل ليس له فيه رجوع إذا صح والوصية يرجع فيها.

وإذا أوصى بعتق عبد بعينه كان في ملكه أو ليشترى ويعتق كان مقدماً على غيره من الوصايا؛ لتأكد حرمة العتق.

وإن كانت الوصية بعتق غير معين فهي وسائر الوصايا سواء؛ لأنها وصية بمال، والوصية بعتق معين تُبدَّى على الزكاة؛ لأنها حرمة تثبت في البدن، ولأن العتق مبني على التغليب.

وقال عبد الملك الزكاة مبتدأة لأنها حق من حقوق الله تعالى، وإذا أوصى بزكاة وكفارة قدمت الزكاة على الكفارة لتأكيد وجوبها[2].

فصل [44. فيمن فرط في زكاة عليه..]

إذا فرط في زكاة عليه: فإن أوصى لزم الورثة إخراجها عنه، وإن لم يوص لم يلزم الورثة[3] خلافاً للشافعي[4]؛ لأن إخراجها موكول إلى اجتهاد[5] أمانته فيجوز أن يكون قد أخرجها، إلا أن يعلم أنه لم يفرط مثل: أن يحول الحول وهو مريض لا يعقل أو يؤدي إليه الغريم نصابا من دينه، فهذا يجب أداء الزكاة من رأس المال، وصى بها أو لم يوصٍ لزوال التهمة فيها. وإذا أوصى بما فرط فيه فهو من الثلث، خلافاً للشافعي؛ لأنه يتهم أن يكون أراد

---

(1) على المبتل: سقطت من (ق).
(2) انظر: المدونة: (306/4)، التفريع: (324/2)، الكافي: (550).
(3) انظر: المدونة: (309/4)، والتفريع: (325/2)، الكافي: (110).
(4) انظر: الأم: (67/7)، الإقناع: (68).
(5) اجتهاد: سقطت من (م).

الانتفاع بالمال حياته وصرفه عن ورثته بعده فكانت كالوصايا ولم تكن كالديون.

فصل [45. في تزاحم الوصايا]

وإذا تزاحمت الوصايا (قدمت على ما أضعف منها[1] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها وسائر الوصايا)[2] سواء[3]، لتأكيدها على غيرها إذ لولا التهمة لكانت من رأس المال.

فصل [46. إقرار المريض بدين لوارث]

وإذا أقر المريض بدين لوارث فقد بيناه في باب: الإقرار؛ لأن المراعى[4] فيه التهمة. وإذا أقر بأمانات كودائع وفرائض[5] لمن لا يتهم له فإن وجدت بأعيانها ردت على أصحابها، وإن لم تعرف كانت كالديون، ويحاص بها عند ضيق المال؛ لأنه إذا أقر بها ولم يذكر أنها تلفت فالظاهر استهلاكه لها وتعلقها بذمته.

فصل [46. إذا أوصى لرجل بمائتين ولآخر بمائة ولثالث بمثل إحدى الوصيتين]

وإذا أوصى لرجل بمائتين ولآخر بمائة ولثالث بمثل إحدى الوصيتين ولم يبين أيهما أراد ففيها روايتان[6]:

إحداهما أن له نصف الأولى ونصف الثانية، والثانية أن له مثل الآخرة، وقال أشهب: له مثل الأقل منهما.

---

(1) انظر: المدونة: (306/4)، التفريع: (324/2)، الكافي: (550)، ومعنى ما أضعف منها أي أنه يقدم يقدم في الوصايا عند تزاحمهما آكدها على ما دونه مثاله أن يوصى بعتق عبد وبمال لشخص فضاق الثلث عنها فإنه يقدم العتق على غيره؛ لأنه آكد وأكثر حاجة.

(2) ما بين قوسين سقط من (م).

(3) انظر: مختصر الطحاوي: (160)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (177/4).

(4) في (ق): المدعى.

(5) في م: كوادع وقرائض.

(6) انظر: التفريع: (332/2)، الكافي: (545).

فوجه الأولى أن مقدار الصغرى متحقق أنه موصى له به ونصف الكبرى، فيصير النزاع في النصف الآخر من الكبرى فيتداعيانه[1]، ولا بينة لواحد منهما فيكون بينهما.

ووجه الثانية أن قوله له مثله ترجع الكناية منه إلى الأقرب وهو الذي يليه؛ لأنه الظاهر من الكلام.

ووجه قول أشهب إن الأقل متيقن وما زاد عليه فمشكوك فيه فكان اليقين دون الشك وبالله التوفيق.

---

(1) في (ق): فيدعيانه.

كتاب المواريث[1]

الأسباب: التي يتوارث بها ثلاثة: الرحم والولاء والنكاح، والعلل المانعة من الميراث ثلاثة: كفر ورق وقتل، فالمسلم والكافر لا توارث بينهما، والعبد الذي يستغرقه الرق ومن فيه بقية منه لا يرث ولا يورث إلا بالملك، وكذلك من فيه عقد من عقود العتق، وقاتل العمد لا يرث مقتوله، وقاتل الخطأ يرث من غير الدية، والمرتد لا يرث بحال[2].

فصل [1. في الميراث بالرحم]

وإنما قلنا: إن الرحم يورث بها؛ لإيجاب الله تعالى التوارث بين الوالدين والمولودين والإخوة وغيرهم من الأنساب، وكذلك النكاح؛ لإيجابه تعالى الموارثة بين الزوجين، وأما الولاء فقد بيَّناه فيما تقدم.

فصل [2. في حصر وجوه التوارث في الرحم والولاء والنكاح فقط]

وإنما حصرنا وجوه[3] التوارث على هذه الثلاثة؛ لأن التوارث بغيرها إما أن يكون مجمع على منعه وأنه لم يثبت، أو على أنه منسوخ إن كان ثبت في وقت مثل التوارث بالنصرة والهجرة والحلف والأخوة والموالاة، أنه لا يكون إلا ببعض ما قدمناه من الأسباب الثلاثة.

---

(1) المواريث: هو أن يكون الشيء لقوم يصير إلى آخرين بنسب أو سبب (معاجيم مقاييس اللغة: 105/6)، وفي الاصطلاح العلم بالأحكام العملية المختص تعلقها بالمال بعد موت مالكه تحقيقاً أو تقديراً، ويقال له علم الفرائض (انظر الفواكه الدواني: 270/2- 271).

(2) انظر: (الموطأ: (503/2)، المدونة: (81/3)، التفريع: (338/2)، الرسالة: (252)، الكافي: (555، المقدمات: (141/3).

(3) في (م): و(ر): وجوب.

فصل [1. في كون الكافر لا يرث المسلم وأن العبد لا يرث]

وإنما قلنا: إن الكافر لا يرث المسلم لقوله ﷺ: "لا يرث الكافر المسلم"[1]، وقوله ﷺ: "لا يتوارث أهل ملتين"[2]، وللإجماع على ذلك[3]، وإنما قلنا: إن المسلم لا يرث الكافر خلافاً لمعاذ ومعاوية[4] ومحمد بن الحنيفة[5]، واعتباراً بالكفر بعلة اختلاف الدينين وإنما قلنا: إن العبد لا يرث؛ لأن الميراث مبني على تساوي الحرم فلو قلنا: إنه يرث لكان مورثه لا يخلو أن يكون مات حراً أو رقاً: فإن مات رقاً فسيده أولى بماله، ولأن بسبب الحر لا يرثه ليقدم[6] سيده عليه والعبد أولى، وإن كان مات حراً فحرمته مخالفة لحرمته فلم يرثه، فأما سيده فيرثه بالرق لا من[7] طريق حقيقة الإرث وإنما قلنا: إن من فيه بقية رق فإنه لا يرث خلافاً لمن ورَّثه[8]؛ لوجود الرق فيه كما لو استغرقه، ولا يجوز أن يقابل؛ لأن يقال يجب أن يرثه للحرية التي فيه كالحر الكامل؛ لأن المانع والمبيح إذا اجتمعا غلب المنع، ولأن أحكام الرق أغلب عليه بدليل منع شهادته ونقصان حدوده وطلاقه وسقوط الجمعة عنه والحج وغير ذلك؛ لأن الميراث مشروط بتساوي الحرم على ما بيناه.

---

(1) أخرجه البخاري في الفرائض باب: لا يرث المسلم الكافر: (11/8)، ومسلم في الفرائض: (1233/3).
(2) أخرجه أبو داود في الفرائض باب: هل يرث المسلم الكافر: (328/3)، وابن ماجه في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في أنه حسن.
(3) انظر: بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (275/8)، وشرح مسلم- للنووي: (51/6)، المغني: (294)، فتح الباري: (42/12).
(4) انظر: الأم: (73/4)، المغني: (294/6).
(5) **محمد بن الحنيفة** بن علي بت أبي طالب أبو القاسم، وأبو عبد الله أيضاً، وكانت أمه سوداء سنديه من بني حنيفة اسمها خولة من سادات قريش ومن الشجعان المشجعان المشهورين، مات بالمدينة سنة إحدى وثمانين (البداية والنهاية: (40/9)، وحيلة الأولياء: 174/3).
(6) في (م): لتقدير.
(7) في (ق): ولان.
(8) ورثه بعض الشافعية: (انظر لمهذب: 25/2).

وإنما قلنا: إن ماله إذا مات لمن فيه بقية رق لمالكه خلافاً لأصحاب الشافعي في قولهم إن ورثته يرثون نصيبه الحر[1]، وقول[2] بعضهم إنه لبيت المال[3]: لأن كل من لم يرث لمعنى لولاه لورث فإنه لا يورث أصله العبد والكافر، ولأن قدر ما فيه من الحرية (إذا لم يوجب له أن يرث لم يوجب له أن يورث، ولأن أحكام الرق أغلب عليه، وقدر ما فيه من الحرية)[4] لم يجعل حكمه حكم الأحرار بقدره في أن يستحق بعض حد الفرية والتغريب والحصانة وقبول الشهادة وغير ذلك فكذلك الميراث.

فصل [4. منع الإرث عمن فيه عقد من عقود العتق]

وإنما قلنا: إن من فيه عقد من عقود العتق: كأم الولد والمكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل في منع الإرث كالعبد؛ لأن الرق باق عليهم بدليل أنهم لا يرثون به؛ لأن عقد الحرية ليس بآكد من مباشرتها، وقد بيَّنا أنها إذا لم يستغرق وبقيت بقية[5] من الرق لم يحصل بها توارث فما دونه أولى.

فصل [5. منع الميراث عن قاتل العمد]

وإنما قلنا: إن قاتل العمد لا يرث لقوله ﷺ: "ليس لقاتل العمد[6] شيء[7]"، وروي: "ليس لقتل العمد[8] ميراث"[9]، وللإجماع على ذلك[10]، ولأن

(1) انظر: المهذب: (25/2).
(2) في (م): وقال.
(3) هذا في قول الشافعي القديم (المهذب: 25/2، المغني: 27/6).
(4) ما بين قوسين سقط من (ق) ومن (ر).
(5) في (ق): بقية رقبته.
(6) العمد : سقطت من (م).
(7) أخرجه مالك: (867/2)، النسائي في الفرائض: (341/6)، والدارقطني: (96/4)، والبيهقي: (220/6)، وصححه ابن عبد البر، وقال الألباني عنه: ضعيف (إرواء الغليل: 114/6).
(8) العمد: سقطت من (م).
(9) أخرجه ابن ماجه في الديات باب: القاتل لا يرث: (884/2)، وأحمد: (49/1)، وفي الزوائد إسناده حسن وصححه الألباني (إرواء الغليل: 117/6).
(10) انظر : مراتب الإجماع: (98، 109)، المغني: (291/6).

التهمة تؤثر في المواريث[1] في الإدخال والإخراج بدليل أن المتزوج في المرض المخوف لا يرث بالتهمة بإدخال وارث على ورثته، ولأن المطلقة ترث[2] فيه للتهمة بمنعها[3] من الميراث، والقاتل عمداً متهم باستعجال الميراث فمنع منه.

فصل [6. إرث قاتل الخطأ]

وإنما قلنا إن القاتل الخطأ يرث خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[4]، لعموم الظواهر[5] مثل قوله تعالى﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾[6] وغير ذلك، وروى هشام بن عروة[7] عن أبيه عن النبي ﷺ: في قاتل[8] الخطأ يرث من المال ولا يرث من الدية[9]، ولأن كل معنى لا يمنع التساوي في الحرم والدين ولا يوجب القود لا يزيل جهة التوارث ولا يمنع الميراث أصله غير القتل من سائر الأفعال، وفيه احتراز من الطلاق في الصحة؛ لأنه يزيل جهة التوارث.

فصل [7. في كون القاتل لا يرث من الدية]

وإنما قلنا: لا يرث من الدية خلافاً لمن قال إنه يرث منها[10]؛ لأن الدية واجبة عليه بجناية والعاقلة تحملها[11] عنه تخفيفاً، ولا يجوز أن يجني جناية يستحق بها مالاً؛ لأن الجناية إن لم تلزمه شيئاً فلا أقل من أنها لا تقيده استجلاب مال.

---

(1) في (م): الميراث.
(2) لوث: سقطت: من (ق).
(3) في (م): منها.
(4) انظر: مختصر الطحاوي: (142)، الأيام: (72/4).
(5) في (ق): الظاهر.
(6) سورة النساء، الآية: (11).
(7) **هشام بن عروة:** ابن الزبير بن العوام الأسدي ثقة فقيه ربما دلس، مات سنة خمس أو ست وأربعين ومائة وله سبع وثمانون (سير أعلام النبلاء: (34/6)، وتقريب التهذيب: (573).
(8) في (م): قتل.
(9) أخرجه البيهقي: (22/6)، وقال الشافعي لا يثبته أهل العلم (الزم: 73/4).
(10) قال في الأشراف: إن أهل البصرة ورثوه من الدية: (329/2).
(11) في (ق): حاملة.

فصل [8. في إرث المرتد]

أما المرتد فأمره مراعى موقوف على توبته، فإن تاب عاد إلى ما كان عليه من أحكام الإسلام، وإن قتل أو مات على ردته انتقل ماله إلى بيت المال، ولم يرثه ورثته من المسلمين ولا من أهل الدين الذي انتقل إليه وقد بيَّناه فيما تقدم.

فصل [9. عدم وجوب الميراث بالشك]

لا يجب ميراث بشك[1]، فإن قتل قرابة[2] يتوارثون بين الصفين أو غرقوا أو ماتوا تحت الهدم ولم يعلم الأول منهم: لم يورث بعضهم من بعض وورثهم ورثتهم من الأحياء، مثل أخوين لأب ملكا ببعض ما ذكرناه وترك كل واحد زوجة وأماً وأخاً من أم فإن الباقي عندنا يكون لبيت المال دون الأخ الآخر، واختلف الصحابة ﭬ في ذلك فذهب بعضهم إلى هذا وبعضهم إلى توريث كل واحد منهم من الآخر[3]، وإنما قلنا: ذلك؛ لأن المواريث[4] لا تجب بالشكوك، ولما شككنا في أيهما مات أولاً لم يجز أن يرث وارث مشكوك في استحقاقه الميراث.

فصل [10. ميراث الجنين]

إذا طُرِح[5] الجنين فاستهل صارخاً فقد ثبتت حياته ويرث ويورث، وكذلك إن أقام أياماً وإن لم يصرخ بذلك يقوم في باب: العمل بحياته مقام الصراخ، وإن تحرك ثم مات ولم يصرخ لم يثبت حياته فلا يرث ولا يورث، واختلف في العطاس وقد بيناه فيما تقدم[6].

---

(1) في (م): الشك.
(2) في (ق): قرابته.
(3) انظر: المدونة: (85/3)، التفريع: (336/2).
(4) في (م): التواريث.
(5) في (م): سقطت.
(6) انظر التفريع: 336/2).

فصل [11. فيمن ألحق بأبيه بعد موته]

من أُلْحِق بأبيه بعد موته ورثه[1]؛ لأن المقر بنسب ولد منه أو الشهود الذين يثبتون الأنساب إنما يثبتون نسباً متقدم الثبوت[2] على الموت لا حادثاً بعده، وإذا كان كذلك ثبت أن الموت طرأ على نسب حاصل ثابت فوجب أن يستحق الميراث به.

فصل [12. زوال الأسباب: المانعة من الميراث بعد موت المورث]

إذا مات وله وارث فيه بعض الأسباب المانعة من الميراث من كفر أو رق فزالت بعد الموت وقبل القسمة لم يرث[3]، خلافاً لمن قال إنه يرث إذا زالت[4]؛ لأن كل من لم يكن وارثاً في حال الموت لوجود معنى فزواله بعد الموت لا يصيِّرُه وارثاً أصله بعد القسمة.

فصل [13. في ميراث ولد الملاعنة]

ولد الملاعنة إذا مات وترك أمه وإخوته لأمه ورثوا منه[5] سهامهم وكان ما بقي لموالي أمه إن كانت معتقة، وإن كانت عربية فللمسلمين ولا يكون لعصبتها[6]، وقال ابن مسعود هي عصبته فيكون ما بقي لها، فإن لم تكن فعصبتها عصبته[7]، وإنما قلنا: إن الفاضل لموالي أمهم، لأنهم عصبة له، ولأنه ينسب إلى ولايتهم. وإنما قلنا: إن العربية يكون الفاضل من ميراث ولدها للمسلمين دونها؛ لأن الأم لها رحم محض فلا يكون عصبة بالنسب

---

(1) انظر المدونة: (86،89/3)، التفريع: (336/2)، الكافي: (555).
(2) في (م): شيئا متقدم الثبوت.
(3) انظر: المدونة: (87/3-88)، التفريع: (337/2)، الكافي: (555).
(4) قال ذلك: الأشرم ومحمد بن الحكم وروى عن عمرو وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر والحسن ومكحول وغيرهم (المغني: 229/6).
(5) في (ق): منهم.
(6) انظر: المدونة: (86/3)، التفريع: (337/2)، الكافي: (555).
(7) انظر المغني: (260/6).

على وجه كالإخوة من الأم. وإنما قلنا إن عصبتها ليسوا عصبة لولدها؛ لأنهم أخوال وذوو أرحام فلا تعصيب فيهم.

فصل [14. إذا ولدت الملاعنة توأمين]

وإذا ولدت الملاعنة توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم وأب؛ لأن لعان أبيهما يسقط نسبهما منه دون توريثهما بينهم.

فصل [15. الحكم في ميراث ولد الزنا]

ولد الزنا لاحق بأمه، والحكم فيه كالحكم في ولد الملاعنة إلا أنها إذا ولدت توأمين توارثا بأنهما أخوان لأم بخلاف ولد الملاعنة؛ لأنه لا شبهة لهما في نسبهما من واطئ لأم.

فصل [16. في أنساب الأعاجم]

الأعاجم إذا انتسبوا[1] لم يقبل قولهم في أنسابهم في باب: التوارث إلا أن تشهد بذلك بينة[2] بها، فأما ما يقول[3] القائل منهم: هذا أخي، هذا ابني[4] فلا يقبل منه ذلك[5]؛ لأنه يريد بذلك قطع استحقاقنا لإرثه فلا يقبل، فإن كانت ولادتهم في دار الإسلام فإن أنسابهم تثبت، فأما بلدان أعاجم المسلمين الذين يحفظون أنسابهم، فإنهم كالعرب في ثبوتها والحكم بها[6].

(1) في (م): سبوا.
(2) في (م): أن يشهد بينة بسببها.
(3) في (ق): بقول.
(4) في (م): وهذه بنتي.
(5) انظر: المدونة: (88/3)، التفريع: (338/2)، الكافي: (556).
(6) في (ق): في ثبوتهم الحكم بها.

فصل [17. ميراث ذوي الأرحام]

ولا يرث ذوو الأرحام شيئاً[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[2]، وهم من عدى السبعة عشر الوارثين بالأسباب: الثلاثة، وعدة أصول ذوي الأرحام أربعة عشر: ولد البنات، والجد أبو الأم، والجدة أم أبى الأم[3]، وولد الأخ للأم، وولد الأخوات، وبنات الإخوة وبنات العمومة، والعمة وولدها والخال والخالة وولداهما والعم أخو[4] الأب لأمه ومن جرى مجراهم في هذا[5] النسب.. ودليلنا ما روي أن رسول الله ﷺ دعي لجنازة فقيل ترك عمة وخالة قال: "اللهم وعمة وخالة" ثم قال: "وما أجد لكما في كتاب الله شيئاً"[6]، وفي بعض طرقه "أن جبريل يخبرني أنه لا شيء لهما"[7] ولأن كل بنت[8] أنثى لم ترث مع أختها إذا انفردت أصله بنت المولى، ولأن المولى المنعم لما قدِّم على ذوي الأرحام دلَّ على أنه لا حق لهم في الإرث؛ لأن الولاء[9] لا يتقدم على النسب.

فصل [18. في الرد]

إذا استوفى أهل الفروض[10] حقوقهم كان الفاضل[11] لبيت المال ولا يرد على ذوي السهام[12]، وذهب علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلى الرد وتابعه عليه ابن مسعود على اختلاف بينهم في كيفيته واتفقوا على أنه لا يرد على زوج

(1) انظر: الموطأ: (518/2)، التفريع: (342/2)، الرسالة: (257)، الكافي: (561).
(2) انظر: مختصر الطحاوي: (151)، الأم: (80/4).
(3) والجدة أم أبي الأم: سقطت من (ق).
(4) في (ق): أخ.
(5) في (م): بعد.
(6) أخرجه البيهقي: (212/6)، الدارقطني: (19/4)، بلفظ قريب منه.
(7) أخرجه البيهقي: (233/6)، الدارقطني: (99/4)، وقال: ولم يسنده غيره مسعده عن محمد بن عمرو وهو ضعيف والصواب مرسل.
(8) بنت: سقطت من (م).
(9) في (م): المولى.
(10) في (م): الفرائض وفي (ر): إذا استغرق أهل الفرائض.
(11) في (م): كان ما بقى.
(12) انظر: التفريع: (344/2)، الكافي: (569).

ولا زوجة[1]: ودليلنا قوله تعالى في البنت: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾[2]، وفي الأخت: ﴿فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾[3] فلم تجز الزيادة عليه، ولأن كل من ورث مقداراً من فريضة لم يستحق زيادة عليه إلا بتعصيب كالزوج والزوجة، ولأن المسلمين يعقلون عنه فجاز أن يرثوا ما فضل عن ذوي السهام كالموالي[4].

فصل [19. في ميراث الخنثى]

الخنثى يعتبر منها بالمبال، فإن بال من الذكر حكم له بحكم الذكر، وإن بال من الفرج حكم بحكم الأنثى، وإن بال منهما جميعاً فهو الخنثى فيكون له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى متفق عليه[5]، لأن أسوأ أحواله أن يكون أنثى، وما زاد عليها فتنازع بينه وبين بقية الورثة وليس لأحد الفريقين مزية على صاحبه لأن الإشكال قائم فوجب أن يقسم بينهما كالتداعي، والخلاف في هذه المسألة كبير[6] جداً لا يحتمله هذا الباب.

فصل [20. إذا اجتمع في شخص واحد سببان ورث بأقواهما]

إذا اجتمع في شخص واحد سببان يورث بكل واحد منهما فرض مقدر: فإنه يرث بأقواهما، ويسقط الأضعف سواء اتفق ذلك في المسلمين أو المجوس وذلك كالأم تكون أختاً أو الابنة تكون أختاً، ولا يلزم على ما قلناه ابن عم يكون أخاً لأم؛ لأنه بكونه ابن عم لا يرث فرضاً مقدراً وإنما يرث بالتعصيب[7]، وقال أبو حنيفة: يرث بالسببين جميعاً[8].

---

(1) انظر: عبد الرزاق: (287/10)، وابن أبي شيبة: (275-284/10)، المغني: (201/6).
(2) سورة النساء، الآية: (11).
(3) سورة النساء، الآية: (176).
(4) في (ق): كالمولى.
(5) انظر: مراتب الإجماع: (1009)، المغنين: (253/6).
(6) في (ق): كثير.
(7) انظر: الرسالة: (253)، الكافي: (570)
(8) انظر: مختصر القدوري مع شرح الميداني: (198/4).

وإنما قلنا: ذلك؛ لأنهما سببان يورث بهما عن جنس واحد فإذا اجتمعا لم يرث بهما كالأخ يكون مولى أو ابن عم يكون مولى[1]، ولأنهما قرابتان يورث بكل واحدة فرضاً مقدراً فإذا اجتمعا لم يرث بهما، ثم كذا أخت للأب[2] والأم لأن كونها أختاً لأب يوجب النصف ولأم يوجب السدس، ثم إذا اجتمعت القرابتان لم يرث بالجميع وورثه بالأقوى[3].

---

(1) وابن عم يكون مولى: سقطت من (ق).
(2) كالأخت للأب.
(3) وورثه بالاقوى: سقطت من (م).

باب: الوارثون من الرجال والنساء

المجتمع على توريثهم من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد أو الجد وإن علا[1] والأخ من أي جهة كان وابن الأخ وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل والزوج ومولى النعمة[2].

ومن النساء سبعة: الابنة وابنة الابن وإن سفلت والأم والجدة وإن علت؛ والأخت والزوجة والمولات وكل واحد من الرجال إذا انفرد بالمال أحرزه إلا الزوج والأخ لأم، وليس من النساء من يحوز المال إلا المولات فقط[3].

فصل [1. أقسام المواريث]

والمواريث ضربان: ضرب بتعصيب، وبفرض مقدر:

فالعصبة إذا انفرد بالمال أحرزه وإن كان معه ذو سهم أخذ ما فضل عنه قل أو كثر، وإن لم يفضل شيء سقط..

والفرض لا يستحق من يرث به شيئاً سواه لا بزيادة ولا بنقصان إلا أن يحجب عنه أو ينقصه العول عند مزاحمة غيره له على ما سنبينه[4].

فصل [2. في أقسام الفروض]

والفرض ضربان[5]: فرض هو أصل مقدر بالنص وفرض ليس بأصل ولكنه يثبت لعارض أوجب خروجه عن الأصل، فأما الفروض التي هي

---

(1) وإن علا: سقطت من (ق).

(2) **مولى النعمة:** وهو المعتق- بضم الميم وكسر التاء- (المصباح المنير: 672).

(3) انظر: الموطأ: (503/2)، التفريع: (338/2)، الرسالة: (252)، الكافي: (561).

(4) انظر: (التفريع: 338/2)، الرسالة: (252)، الكافي: (562،568).

(5) في (م): ضرب.

أصول فستة وهي:[1] النصف ونصفه وهو الربع ونصفه وهو الثمن، والثلثان ونصفهما وهو الثلث ونصفه وهو السدس:

فالنصف فرض خمسة: ابنة الصلب إذا لم يكن معها ابن، وابنة الابن إذا انفردت، والأخت للأب وللأم إذا انفردت، والأخت لأب إذا انفردت، والزوج إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن.

والربع: فرض صنفين الزوج مع الولد أو ولد الابن، والزوجة والزوجات إذا اجتمعن ولم يكن للميت ولد ولا ولد ابن.

(**والثمن**: فرض صنف واحد وهو الزوجة والزوجات إذا اجتمعن مع الولد أو ولد الابن)[2].

والثلثان: فرض أربعة الاثنين فصاعداً من بنات الصلب (إذا انفردن، وللاثنتين فصاعدا من بنات الابن إذا انفردن (والاثنتين فصاعداً من الأخوات للأب والأم، وللأب إذا انفردن)[3].

والثلث: فرض صنفين الأم مع عدم الولد أو ولد الابن، أو الاثنين فصاعدا من الإخوة أو الأخوات، وفرض الاثنين فصاعدا (من ولد الأم).

والسدس: فرض سبعة فرض كل واحد من الأبوين، والجد مع الولد أو ولد الابن، وفرض الجدة والجدات إذا اجتمعن، وفرض بنات الابن مع الواحدة من بنات الصلب إذا انفردن، وفرض الأخوات لأب مع الواحدة من الأخوات للأب والأم إذا انفردن، وفرض الواحد)[4] من ولد الابن ذكراً كان أو أنثى.

---

(1) انظر: الموطأ: (506/2)، التفريع: (340/2)، الرسالة: (252)، الكافي: (562).
(2) ما بين قوسين سقط من (م).
(3) ما بين قوسين سقط من (م.
(4) ما بين قوسين سقط من (ق).

وأما الفرض الخارج عن هذه فهو الثلث ما بقي في ثلاث[1] (مسائل وهي: زوج أو زوجة وأبوان فإنه يفرض للأم فيها ثلث ما بقى)[2]، وفي مسائل الجد مع الإخوة إذا كان معهم ذو سهم وكان ما بقي أحظى له.

فصل [3. في الحجب]

الحجب[3] ضربان[4]: إسقاط وحجب عن بعض الميراث.

فأما الإسقاط فلا يكون في خمسة ويكون فيمن عداهم، فولد الصلب والأبوان والزوجان لا يسقطون بوجه، ويسقط ولد الابن بذكور ولد الصلب (ويسقط الجد بالأب فقط)[5].

ويسقط الإخوة والأخوات مع ثلاث: ذكور ولد الصلب وولد الابن ومع الأب هذا في الجملة.

فأما في التفصيل فيسقط ولد الأب بذكور ولد الأب والأم ومن يسقطهم.

ويسقط ولد الأم بأربعة: ولد[6] الصلب وولد الابن وبالأب وبالجد.

ويسقط بنو الإخوة ببني الإخوة للأب وللأم.

(ويسقط العمومة بنو الإخوة)[7] ويسقط بنو العمومة وكل من أسقط غيره ويسقط من المسقط[8].

---

(1) في (م): وفي.

(2) ما بين قوسين سقط من (م)

(3) **الحجب:** في اللغة المنع (المصباح المنير: 120).

(4) انظر: الموطأ: (2/503-511)، التفريع: (2/339-340)، الرسالة: (257)، الكافي: (568-570).

(5) ما بين قوسين سقط من (م).

(6) في (ق): بولد.

(7) ما بين قوسين سقط من (م).

(8) في (م): أسقط من أسقط المسقط.

وتسقط الجدات بالأم، وتسقط أم الأب بالأب، ومن قربت درجته منهم أسقطت البعدى إذا كانت من جهتها فإن كانت من جهتين فإن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب والقربى من جهة الأب (لا تسقط البعدى من جهة الأم[1])[2] بل تشاركها في الميراث.

ولا ترث من الجدات إلا جدتان أم الأم وأمهاتها وأم الأب وأمهاتها، ولا ترث أم جد.

فإذا استكمل بنات الصلب الثلثين سقطت[3] بنات الابن إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو أنزل منهن فيعصبهن ويقسم ما بقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإذا استكمل الأخوات للأب وللأم الثلثين سقطت[4] الأخوات للأب إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن لا أنزل منهن، ولا يعصبها ولد الأخوة والأخوات بخلاف ولد الابن في تعصيبهم بنات الابن الأعلين.

وأربعة من الذكور يعصبون الإناث في درجتهم: ولد الصلب الذكور وذكور ولد الابن، والإخوة للأب والأم، والإخوة للأب كل صنف من هؤلاء يقتسمون المال مع إناثهم في درجتهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

وليس في النساء عصبة إلا الأخوات للأب والأم أو للأب[5] إذا انفردن عن إخوة في درجتهن مع بنات الصلب أو بنات الابن فإنهن يكن عصبة، وترث البنت النصف والبنات الثلثين وتأخذ الأخوات ما بقي ، هذا حجب إسقاط.

---

(1) في (ق): من جهتها.
(2) ما بين قوسين سقط من (م).
(3) في (م): وجهاتها.
(4) في (م): سقط.
(5) أو للأب: سقطت من (م).

وأما الحجب عن بعض الفروض: فحجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن ذكورهم وإناثهم فقط.

ويحجب الأم عن الثلث حجبان:

حجبٌ إلى السدس وهو بالولد وولد الابن أو الاثنين فصاعدا[1] من الإخوة والأخوات.

وحجبٌ إلى الثلث ما بقي يحجبها الأب في مسألتين وهما زوج وأبوان، وامرأة وأبوان[2].

ويحجب الأبَ إلى السدس الولدُ وولد الابن، فإن كان الولد ذكوراً أخذوا الباقي، وإن كانوا إناثاً أخذن فروضهن وأخذ الأب السدس معهن وكان ما بقي له بالتعصب.

---

(1) فصاعدا: سقطت من (م).

(2) في المسألتين المعروفة بالعمريتين .

باب: فيمن يحجبون

وأما الجد فله باب: ينفرد به، ولا يحجب إلا من يرث، ولا يحجب عبد ولا كافر، ولا يحجب غير الوارث إلا في موضوع واحد وهو الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس ولا يرثون مع الأبوين شيئاً[1].

فصل [1. في أدلة الفروض وأصحابها]

النصوص الواردة بتوريث من ذكرناه من عدد الذكور والإناث الإجماع عليه[2] مغن عن زيادة فيه.

وإنما قلنا: إن ما فضل عن ذوي السهام للعصبة لقوله ﷺ: "ما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر"[3].

وإنما قلنا: إنه إذا لم يفضل شيء فلا شيء لهن، فإن ذوي السهام إذ أقدموا عليهم كان حقهم فيما فضل عنهم فإذا استغرق ذو[4] السهام المال سقطوا.

وإنما قلنا: إن ذوي السهام لا يستحقون زيادة على سهامهم؛ لأن الزيادة على ذلك لا تستحق إلا برد أو تعصيب والرد قد أبطلناه، والتعصيب يستحق الزيادة به.

---

(1) في (م): مع الأب.

(2) انظر: بداية المجتهد مها لهداية في تخريج أحاديث البداية: (251/8)، المحلى: (312/10)، المغني: (168/6).

(3) أخرجه البخاري في الفرائض باب: ميراث الولد من أبيه وأمه: (5/7)، ومسلم في الفرائض باب: ألحقوا الفرائض بأهلها...:(1233/3).

(4) ذووا: سقطت من (م).

وإنما قصرنا الفروض على الستة المقدرة؛ لأن النص لم يرد بما سواها، وللإجماع على أنه لا مدخل لنا في الفروض[1] فيها من خمس أو سبع أو تسع أو عشر فوجب قصرها على ما ذكرناه.

وإنما قلنا: إن فرض البنت الواحدة النصف لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ﴾[2] ولا خلاف فيه[3]، وإنما قلنا: إن البنتين فأكثر لهما الثلثان لقوله تعالى: ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾[4] ولا خلاف فيه أيضاً[5].

وإنما قلنا: إن للاثنين الثلثان[6] خلافاً لمن ذهب إلى أن لهما النصف[7]؛ لأنه قال تعالى: ﴿ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾[8] فبيَّن حكم الواحدة وحكم ما زاد على الاثنتين، فكان مفهومه إن كن نساء اثنتين[9] فما فوقهما فلهن الثلثان، ولأن لابنة[10] الابن مع بنات الصلب السدس تكملة الثلثين، وفائدة ذلك أنها تقوم معها مقام بنت أخرى في استغراق الثلثين، ولأن كل إناث كان فرض الثلاث منهم الثلثين فكذلك فرض الابنتين أصله الأخوات.

---

(1) في (م): لا مدخل في الفروض وفي (ق): لا مدخل للباقي المفروض.
(2) سورة النساء، الآية: (11).
(3) انظر: بداية المجتهد- مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (521/8)، المحلى: (314/10-315)، المغني: (172/6).
(4) سورة النساء، الآية: (11).
(5) انظر: الإجماع: (79)، بداية المجتهد مع الهداية في تخريج أحاديث البداية: (521/8)، المحلى: 314/10-315)، المغنى: (170/6).
(6) الثلثان: سقطت من (م).
(7) في رواية شاذة عن ابن عباس أنه قال: إن فرضهما النصف (انظر المغنى: 170/7).
(8) سورة النساء، الآية: (11).
(9) في (م): فوق اثنتين.
(10) في (م): لبنت.

وإنما قلنا: إن فرض الواحدة من بنات الابن النصف وفرض الاثنتين فصاعدا الثلثان للإجماع على قيام ولد الابن مقام ولد الصلب عند عدمهم ولا خلاف في ذلك[1].

وإنما قلنا: إن فرض الواحدة من الأخوات للأب والأم أو للأب النصف، وفرض الاثنتين فصاعدا الثلثان لقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾[2] وهذا عام في الشقائق وولد الأب[3].

وإنما قلنا إن كل ما زاد على الاثنتين فرضها الثلثان (لأن كل عدد زاد على الواحدة ممن فرضها النصف ففرضه الثلثان[4]) كالبنات وكالابنتين.

وإنما قلنا: إن فرض الزوج مع عدم الولد وولد الابن النصف، ومعهم الربع لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ﴾[5] فلا خلاف في ذلك[6].

وإنما قلنا الفرض للزوجة والزوجات مع عدم الولد وولد الابن الربع، ومع وجودهم الثمن لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾[7] ولا خلاف فيه[8].

---

(1) انظر: بداية المجتهد مها لهداية في تخريج أحاديث البداية: (256/8)، المحلى: (345/10)، المغني: (172/6).
(2) سورة النساء، الآية: (176).
(3) في (ق): وولد الابن.
(4) ما بين قوسين سقط من (م).
(5) سورة النساء، الآية: (12).
(6) انظر: الإجماع: (81)، بداية المجتهد- مع الهداية: (257/8)، المحلى: (346/10)، المغني: (172/6).
(7) سورة النساء، الآية: (12).
(8) انظر: الإجماع: (81)، بداية المجتهد مع الهداية: (257/80)، المحلى: (326/10)، المغني: (178/6).

وإنما قلنا: إن فرض الأم الثلث لقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾[1]. وإنما قلنا: إن فرض الواحد من ولد الأم السدس، وإن فرض ما زاد عليه الثلث لقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٞ فَلِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾[2]، واتفق على أن المراد به الإخوة من الأم[3].

وإنما قلنا: إن فرض الأبوين مع الولد أو ولد الابن السدس لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيۡهِ لِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٞ﴾[4].

وإنما قلنا: إن الجد كالأب[5] للإجماع على قيامة مقام الأب في ذلك عند عدمه[6].

وإنما قلنا: إن الجدة ترث وأن فرضها السدس، وكذلك الجدات لإجماع الصحابة على توريثهن، وروي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال: ما أجد لك في كتاب الله شيئاً حتى روى له المغيرة بن شعبة ومحمد بن مسلمة أن رسول الله ﷺ "أطعم الجدة[7] السدس"[8]، ولأن أم الأم أقيمت مقام الأم عند عدم الأم كما أقيم أبو الأب عند عدم الأب مقام الأب[9] فجعل لها أنقص فرضي الأم وهو السدس.

---

(1) سورة النساء، الآية: (11).
(2) سورة النساء، الآية: (12).
(3) انظر: تفسير الطبري: (287/4)، الجامع لأحكام القرآن: (78/5).
(4) سورة النساء، الآية: (11).
(5) في (م): كذلك.
(6) في (م): عدم الأب.
(7) في (م): أم الأم.
(8) أخرجه أبو داود في الفرائض باب: في الجدة: (318/3)، وابن ماجه في الفرائض باب: ميراث الجدة: (909/2)، والترمذي في الفرائض باب: ما جاء في ميراث الجدة: (365/4)، وصححه، والحاكم: (338/4)، وقال على شرط الشيخين.
(9) مقام الأب: سقطت من (م).

وإنما قلنا: إنهن بينهن إذا اجتمعن لحديث أبي بكر ﷺ أنه شرَّك بينهما[1]، وروي عن عمر ﷺ أنه قال: ما أنا بزائد في الفرائض شيئاً هو السدس فإن اجتمعتما فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها[2]، ولأن كل أنثى لها فرض مقدر[3] لا يتغير ولا يساويها الذكر فيه فإذا اجتمعت مع غيرها من جنسها شوركت فيه كالثمن للزوجات.

وإنما قلنا: إن فرض بنات الإبن (مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين لإجماع الصحابة عليه، ولأن بنات الابن أقمن مقام بنات)[4] الصلب فيجب أن يأخذن ما كان بقدر نصيب بنت الابن ولو كانت للصلب، فلما لم يكن ذلك لاستحقاق هذه الابنة للنصف أخذت الفاضل وهو السدس.

وإنما قلنا: لا يزدن عليه[5]؛ لأنهن لا يبلغن في القوة مبلغ البنات الصلب وقد ثبت أن بنات الصلب وإن كثرن فلا يزدن على الثلثين فكذلك فيمن قام مقامهن.

وإنما قلنا: إن ولد الأب الإناث يأخذن مع الواحدة من ولد الأب والأم السدس للإجماع على أن ولد الابن يقوم مقام ولد الأب والأم عند عدمهم[6] كقيام ولد الابن مقام ولد الصلب.

فصل [2. في فرض الواحد من ولد الأم]

وإنما قلنا: إن الواحد من ولد الأم فرضه السدس ذكراً كان أو أنثى، وإن فرض الجماعة الثلث لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ

(1) أخرجه مالك في الموطأ: (2/513-514).
(2) أخرجه مالك في الموطأ: (2/514).
(3) في (ق): مقتدر.
(4) ما بين قوسين سقط من (ق).
(5) في (م): عليهن.
(6) في (ق): عدمهن.

﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾[1]، ولا خلاف فيه[2].

وإنما قلنا: في زوج وأبوين، وامرأة وأبوين[3] إن للأم ثلث ما بقي خلافاً لإحدى الروايتين عن علي ﷺ، وهو قول ابن عباس[4] لأنا لو أعطيناها الثلث بكماله كنا قد فضلناها على الأب، وذلك غير جائز أصله حال الانفراد.

وإنما قلنا: إن ولد الابن يسقطون بذكور ولد الصلب خاصة للإجماع على ذلك[5]، ولأن ميراثهم لقيامهم مقام ولد الصلب فوجب سقوطهم مع وجودهم.

وإنما قلنا: إنهم لا يسقطون مع غيرهم؛ لأنهم أقوى تعصيباً من سائر الورثة عدى ولد الصلب، ولأنهم لما قاموا مقام ولد الصلب[6] وجب أن لا يسقطوا بغيرهم اعتباراً بهم.

وإنما قلنا: إن الجد يسقط بالأب؛ لإجماع الأمة[7]؛ ولأنه يدلي[8] به فلم يرث معه.

وإنما قلنا إن الإخوة والأخوات يسقطون مع ذكور الولد وولد الابن لأن تعصيب البنوة أقوى وأقرب من تعصيب الإخوة سقوطهم[9] به، ولأن ولد

---

(1) سورة النساء، الآية: (12).

(2) انظر: الإجماع: (82)، بداية المجتهد- مع الهداية: (259/8)، شرح مسلم للنووي: (61/7)، المحلى: (337/10)، المغني: (174/6-175).

(3) وتعرف هاتين المسألتين بالعمريتين لأن عمر بن الخطاب ﷺ هو الذي حكم فيها وأعطى الأم الثلث الباقي بعد إعطاء الزوج الباقي فريضته.

(4) انظر: البيهقي: (228/6)، وعبد الرزاق: (253/10).

(5) بداية المجتهد مع الهداية: (254/8)، المحلى: (378/10)، فتح الباري: (16/12).

(6) في (م): مقامهم.

(7) انظر: الإجماع: (84)، بداية المجتهد مع الهداية: (264/8)، شرح مسلم للنووي: (55/7)، فتح الباري: (10/12).

(8) في (ق): بدئ به.

(9) في (ق): سقوطهن.

الابن أقرب من الإخوة وهم يسقطون (مع ذكور ولد الصلب فكان الإخوة أولى.

وإنما قلنا: يسقطون[1] مع الأب؛ لأن الأب آكد منهم تعصيباً[2] وأشد منهم قرباً؛ لانضمام الرحم إلى تعصيبهم.

فصل [3. في التعصيب]

وقد بيَّنا أن من قوي تعصيبه أسقط من ضعف عنه.

وإنما قلنا: إن ولد الأم يسقطون بإناث ولد الصلب وولد الابن؛ لأن من حق الإخوة أن يرثوا مع الولد بالتعصيب بدليل أن الإناث منهن يصرن مع البنات عصبة بانفرادهن في ولد الأم[3]، وولد الأم لا تعصيب فيهم.

وإنما قلنا: إنهم يسقطون مع الأب والجد؛ لأن تعصيب الأبوة يسقط تعصيب الإخوة، ولقوله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ**﴾[4] فقيل فيه: إن الكلالة أحد عمودى النسب.

وإنما قلنا: إن بني الإخوة يسقطون بالإخوة لأنهم يدلون بهم، ولأن الإخوة أقرب من بني الإخوة كما أن ولد الصلب أقرب من ولد الابن.

وإنما قلنا: إن الإخوة يسقطون بالجد؛ لأن الجد أقوى تعصيباً منهم لأنه يدلى بالأبوة وبنو الإخوة[5] يدلون بالأخوة لأن الجد يدلى بالأبوة (وابن الأخ يدلى بالأخ فكان الجد أولى.

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) في (م): لأن الأب أقرب تعصيباً منهم.
(3) في ولد الأم: سقطت من (ق).
(4) سورة النساء، الآية: (12).
(5) في (م): وبنو الأخ.

وإنما قلنا: إن العمومة يسقطون ببني الإخوة لأن بني الإخوة أقرب؛ لأنهم يدلون بالبنوة، والعم يدلى بالأبوة؛ ولأن ابن الأخ يقول إني ابن ابنك والعم يقول)[1] أنا أخو أبيك فكان ابن الأخ أقرب.

وإنما قلنا: إن العمومة يسقطون أولادهم[2]؛ لأنهم بهم يدلون.

وإنما قلنا: عن الجدات يسقطن بالأم لأن توريثهن إنما كان أقمن مقام الأم وجعل لهن نصيباً فوجب سقوطهن معها.

وإنما قلنا: إن أم الأم لا تسقط بالأب؛ لأنها أقيمت مقام الأم فلما لم تسقط الأم بالأب ذلك من أقيم مقامها، ولا يلزمه عليه أم الأب لم تقم مقام الأب وإنما أقيم جملة الجدات مقام الأم.

وإنما قلنا: إن أم الأب تسقط مع الأب خلافاً لابن مسعود وغيره[3]، اعتباراً بأبي الأب بعلة أنه يدلي بتعصيبه فإذا وجد أسقطه.

وإنما قلنا: إن القربى منهن تسقط البعدى من جنسها اعتباراً بالأم والجد، ولأن البعدى تدلي بالقربى.

وإنما قلنا: إن القربى من جهة الأم تسقط البعدى من جهة الأب؛ لأن الأم تسقط أم الأب[4] كذلك أم الأم تسقط أم الأب.

وإنما قلنا: إن البعدى من جهة الأم لا تسقط القربى من جهة الأب خلافاً ما روي عن ابن مسعود وهو أحد قولي الشافعي[5]؛ لأن أم الأب

---

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) في (ق): الآباء.
(3) روى عن ابن مسعود وأبي موسى وعمران بن الحصين وأبو طفيل: ورثوها مع ابنها وهو ظاهر مذهب أحمد وبه قال شريح والحسن وبان سيرين وجابر بن زيد والعنبري وإسحق وابن المنذر (انظر المغني: (211/6)، المحلى: (277/9)، عبد الرزاق: (277/10).
(4) في (م): أن الأم.
(5) انظر سنن البيهقي: (226/6)، المهذب: (27/2).

تدلي بالأب والأب إذا اجتمع مع أم أم الأب لم يحجبها فبأن لا يحجبها من يدلي بالأم[1] أولى.

وإنما قلنا: إن أم أبي الأب لا ترث شيئاً خلافاً لما روي عن زيد بن ثابت وغيره[2]؛ لأنها أم جد فأشبهت أم أبى الأم[3]، ولأن جهة[4] الأم في باب: الجدات أقوى من جهة الأب فإذا لم يرث من جنبتها إلا جدتان فجهة الأب بذلك أولى.

وإنما قلنا: إن بنات الصلب إذا استكملن الثلثين سقط بنات الابن؛ لأن حقهن كان في تكميل الثلثين لقيامهن مقام بنت أخرى من بنات الصلب إذا كان بنات الصلب أكثر من واحدة سقط معهن.

وإنما قلنا: إنه إذا كان معهن ذكر في درجتهن عصبهن خلافاً لابن مسعود في قوله: لا شيء لهن وأن الباقي للذكر وحده[5]؛ لأنه مال ورثه بنو الابن بالتعصيب فوجب أن يشاركهم بنات الابن فيه أصله جهة المال[6] وهو مال الانفراد.

وإنما قلنا: إنه إذا كان أنزل منهن ذكر عصب من فوقه؛ لأن أصول الفرائض مبنية على أنه لا يجوز أن يرث الأبعد من الولد يسقط الأقرب، ولأنا وجدنا البطن الأوسط أقرب من البطن الأسفل ألا ترى أنه إذا اجتمع ثلاث بنات بعضهن[7] أسفل من بعض كان للبنت العليا النصف وللوسطى

(1) في (م): الأب.
(2) انظر: المغني: (6/209-210).
(3) في (م): أم جد.
(4) في (م): جنبة.
(5) انظر: البيهقي: (6/230)، عبد الرزاق: (10/251).
(6) في (ق): جملة المال.
(7) في (م): ثلاث بنات ابن بعضهن.

السدس وتسقط السفلى، وإذا ثبت ذلك ثم اتفقنا على أنه لو كان مع السفلى ذكر في درجتها عصبها كان بأن يعصب الوسط أولى.

وإنما قلنا: إنه إذا استكمل ولد الأب والأم الثلثين سقط الأخوات للأب للعلة التي ذكرناها في سقوط بنات الابن إذا استكمل بنات الصلب الثلثين، وكذلك تعصيب أخواتهن لهن.

وإنما قلنا إن الذكر الأنزل منهن لا يعصب عماته بخلاف ولد الابن لمعنيين:

أحدهما أن ابن الابن[1] لما عصَّب من في درجته جاز أن يعصِّب من فوقه، وليس كذلك ابن الأخ[2]؛ لأنه لا يعصب من في درجته فلم يعصب من فوقه.

والآخر أن الذي يعصب غيره من حقه أن يشاركه في الجهة[3] التي يعصبها بها كابن الابن[4] يشرك من فوقه في البنوة فعصبهن، وابن الأخ لا يشارك الأخت في الأخوة فلم يعصبها.

وإنما قلنا: إن ولد الصلب يقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[5]، وقد بيَّنا أن ولد الابن يقومون مقام ولد الصلب فكان حكمهم عند عدمهم كحكم ولد الصلب.

---

(1) في (م): أن ابن ابن الابن.
(2) في (م): ابن الأم.
(3) في (ق): الجملة.
(4) في (م): كابن ابن الابن.
(5) سورة النساء، الآية: (11).

وإنما قلنا: إن الإخوة للأب والأم أو للأب يقسمون المال إذا تفردوا للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ﴾[1])[2].

وإنما قلنا: إنه ليس في النساء عصبة؛ لأنهن يرثن بفرض مقدر والعصبة لا ترث بفرض؛ لأن ذلك ميراث الرحم.

وإنما قلنا: إن الأخوات يكن عصبة مع البنات خلافاً لمن قال لا يرثن أصلاً مع البنات[3]، لقوله تعالى: ﴿وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٞ مِّمَّا تَرَكَ ٱلۡوَٰلِدَانِ وَٱلۡأَقۡرَبُونَ﴾[4] فعم، وحديث أبي موسى[5] وسليمان بن ربيعة[6] لما سألهما السائل عن بنت ، وبنت ابن، وأخت فقط فقالا: للبنت النصف وما بقى للأخت، وإذا رأيت ابن مسعود فسأله: فأتاه فأخبره فقال: سأقضى فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي للأخت[7]، ولأن الأخت مع ابن العم إذا اجتمعا لم يجز أن يحصل الإرث[8] لابن العم وتسقط الأخت أصله إذا انفرد[9].

وأما حجب الزوج عن النصف إلى الربع والزوجات عن الربع إلى الثمن بالولد وولد الابن فللنص الوارد به، وللإجماع إلا من شذ ولا يعتد به في قوله: أن ولد الابن لا يحجبون[10].

---

(1) سورة النساء، الآية: (176).

(2) ما بين قوسين سقط من (م) و(ر).

(3) يروى عن ابن عباس ومن تابعه أنه لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة (انظر المغنى: 168/6).

(4) سورة النساء، الآية: (7).

(5) **أبو موسى**: عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار، وأبو موسى الأشعرى: صحابي مشهور، أمر عمر ثم عثمان وهو أحد الحكمين بصفين مات سنة خمسين وقيل بعدها (تقريب التهذيب: (318).

(6) **سلمان بن ربيعة**: بن يزيد بن عمرو بن سهم الباهلي، وأبو عبد الله سلمان الخيل يقال له صحبه ولاء عمر فضاء الكوفة، وغزا أرمنية في زمن عثمان فاستشهد (تقريب التهذيب: 246).

(7) أخرجه البخاري في الفرائض باب: ميراث ابنة ابن مع ابنة: (6/7).

(8) في (م): يخلص.

(9) في (م): انفردوا.

(10) انظر: الإجماع: (81)، المغني: (178/6).

وإنما قلنا: إن الأم يحجبها عن الثلث إلى السدس الولد لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾[1]، ولا خلاف فيه[2].

وإنما قلنا: إن الإخوة يحجبونها إلى السدس لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾[3].

وإنما قلنا: إن الحجب يحصل بالأخوين خلافاً لابن عباس في قوله: إن الحجب لا يكون إلا بثلاثة[4]؛ لأنه فرض يتغير بعدد من الإخوة، والأخوات فوجب أن يتغير بالاثنين أصله شركة ولد الأم في الثلث، والتعلق بالظاهر على قول مالك رحمه الله بعيد؛ لأن أصوله تدل على أن أقل الجمع اثنان، وهو قول عبد الملك بن الماجشون وغيره من أصحابنا.

وإنما قلنا: إن الولد يحجب[5] الأب إلى السدس للنص، وقلنا إن ذكور الولد يأخذون باقي المال لقوله ﷺ: "ما أبقت الورثة فلأولى عصبة ذكر"[6].

وقلنا إنه إذا لم يكن غيره أخذ الباقي بالتعصيب؛ لأنه ليس ثمَّ من هو أولى منه فكان له بالخبر الذي رويناه.

وإنما قلنا: لا يحجب عبد ولا كافر خلافاً لابن مسعود في حجبه لهم وما حكي[7] عنه أنهم يحجبون عن بعض المال دون جميعه[8]؛ لأن كل من لا مدخل له (في الإرث بحال فلا مدخل له)[9] في الحجب أصله ذوو الأرحام،

(1) سورة النساء، الآية: (11).
(2) انظر: الإجماع: (81)، المحلى: (323/10)، المغنى: (176/6).
(3) سورة النساء، الآية: (11).
(4) انظر: البيقهي: (228/6)، المحلى: (2580/9)، المغنى: (176/6).
(5) في (م): يحجبون.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) في (ق): عنهم.
(8) انظر: البيهقي: (223/6)، ابن أبي شيبة: (272/10).
(9) ما بين قوسين سقط من (م).

ولا يدخل عليه الإخوة للأم مع الأبوين؛ لأن لهم مدخل[1] في الإرث، ولأنه أحد نوعي الحجب كالإسقاط.

(1) في (م): مدخلاً.

باب: في ترتيب المواريث على النسب

قد بيَّنا ترتيب المواريث على السهام، ورأينا إعادته مرتباً على النسب ليجتمع لمن يريد معرفة كل فصل منه[1] والله الموفق للصواب، وقد بيَّنا أن الميراث لا يخلو أن يكون بنوة أو أبوة أو أخوة أو عمومة أو بنو عمومة[2] ونحن نبين كل نوع منه.

فصل [1. في ميراث ولد الصلب]

وأما ولد الصلب فإن الذكر منهم يحوز المال إذا انفرد به، والذكور يقتسمونه بالسوية، فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه واقتسموا الباقي على ما ذكرناه من حوز المنفرد له وتساوي الجماعة فيه، والبنت الواحدة إذا لم يكن أحد من ذكور ولد الصلب تأخذ النصف والاثنتان فما فوقهما الثلثان، (فإن كان مع الواحد أو الجماعة من البنين)[3] زالت فرائضهن واقتسموا (المال للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان معهم ذو فرض بدئ به واقتسموا هم)[4] الباقي على ما ذكرناه، وقد دللنا على هذه الجملة، ولا يسقط ولد الصلب بوجه[5].

فصل [2. في ميراث ولد الابن]

وأما ولد الابن فسبيلهم إذا لم يكن أحد من ولد الصلب في الميراث سبيل ولد الصلب يرثون ويحجبون من يحجبون إلا أنهم[6] يسقطون مع

(1) في (م): كل فصل منه ونفى (ق): كل فعل منه.
(2) أو بنو عمومة: سقطت من (ق).
(3) ما بين قوسين سقط من (ق).
(4) ما بين قوسين سقط من (ق).
(5) انظر: الموطأ: (503/2)، التفريع: (341/2)، الرسالة: (253)، الكافي: (563).
(6) في (ق): لأنهم.

ذكور ولد الصلب، وتأخذ ابنة الصلب معهم النصف والابنتان فصاعداً الثلثان يكون الباقي لولد الابن إن كانوا ذكوراً وإناثاً في درجته، وإن كن إناثاً فقط أخذت الابنة النصف، وإناث ولد الابن الواحدة أو الجماعة السدس تكملة الثلثين، وكان ما بقي لذكر إن كان أنزل منهن أو لغيره من العصبة، وإن كن إناث ولد الصلب أكثر من واحدة أخذن الثلثين، ثم ينظر فإن كان ولد (الابن ذكوراً وإناثاً في درجة أخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كن بنات ابن بعضهن عصب من فوقهن منهن وأخذوا الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كنَّ بنات ابن بعضهن أسفل من بعض أخذت العليا النصف والوسطى السدس تكملة الثلثين وسقطت السفلى إلا أن يكون معها أو أنزل منها ذكر فيعصبها أو يعصب من معه في درجته معها، وإن كان مع الوسطى ذكر أخذ المال الباقي مقاسمة وسقط من بعده، وإن كان العليا اثنتان أخذتا الثلثين وسقطت الوسطى من بعدها إلا أن يكون معهن ذكر في درجتهن أو أنزل[1]، وكل هذا قد دللنا عليه في الباب الأول فلا حاجة بنا إلى إعادتها إلا في موضع واحد وهو أخذ ولد الابن مع بنت الصلب مال بقي، فإنا نقول يأخذونه مقاسمة ويسقط السدس وهو قول علي وزيد رضي الله عنها، وقال ابن مسعود: يعتبر ما هو أضرّ بهن من السدس أو المقاسمة فيكون لهن[2].

وإنما قلنا: ذلك؛ لأن حق[3] ذكور عصبوا إناثهم في موضوع عصَّبوهن في كل موضع أصله البنون والبنات والأخوة والأخوات، ولأنه لما لم يعتبر هذا الإضرار في الانفراد فكذلك فيما يأخذونه باقياً عن ابنة الصلب، ولأن

(1) انظر المراجع: التي سبق ذكرها.
(2) انظر البيهقي: (230/6)، وابن أبي شيبة: (249/10-250)، المحلى: (271/9)، المغني: (173/6).
(3) حق: سقطت من (ر).

الإضرار بهن ولا وجه لاعتباره بل لا فضل بين القائل به وبين معتبر الإضرار بالذكور.

فصل [3. في ميراث الأب والأم]

وأما الأب فلا يسقط بوجه، وله ثلاثة أحوال: حال يأخذ فيها **بالتعصيب المحض**، وحال يأخذ فيها **بالفرض المحض**، وحال يأخذ فيها **بالفرض والتعصيب**، ونحن نبين ذلك[1]، أما إذا انفرد بالمال فإنه يحوزه، فإن كان معه ذو فرض سوى إناث الولد أو ولد الابن فإنه يأخذ فرضه ويكون الباقي للأب، وإن كان معه ولد أو ولد ابن ذكر أو أنثى أخذ السدس بالفرض ثم كان الباقي للذكور والإناث، وإن لم تكن إناث فقط أخذن فروضهن وأخذ هو السدس بالفرض وإن بقي شيء أخذه بالتعصيب.

وأما الأم ففرضها الثلث سواء انفردت بالمال أو كان معها غيرها لا تحجب عنه إلا في ثلاثة مواضع، أحدها: أن يكون معها ولد أو ولد ابن ذكر كان أو أنثى، والثاني: أن يكون معها اثنان من الإخوة يرثون أو يسقطون، والثالث: أن يكون معها أباً[2] وزوج أو زوجة فإنها تأخذ منها ثلث ما بقي مع الأب، وقد دللنا على هذا أيضاً فيما تقدم.

فصل [4. في ميراث الجد]

وأما الجد فلا يسقط إلا مع الأب، وإذا انفرد بالمال أحرزه، فإن كان معه ذو فرض بُدِئ به وأخذ الباقي عنه، وإن كان معه ذكر من ولد الصلب أو ولد الابن أخذ السدس وأخذ الابن ما بقي، وإن كان ولد الصلب إناثاً أخذ السدس وإن فضل من المال شيء يأخذه بالتعصيب.

---

(1) الموطأ: (506/4)، التفريع: (342/2)، الرسالة: (253).، الكافي: (562).
(2) في (ق): ابن.

وإن كان معه إخوة نظر: فإن لم يكن غيرهم لم يخل أن يكونوا ذكوراً فقط أو ذكوراً وإناثاً، فإن كان معه ذكور فقط من جنس واحد مثل أن يكون إخوة للأب والأم أو للأب فإن الجد يكون كواحد منهم يقاسمهم ما كانت المقاسمة لا تنقصه من الثلث مثل: أن يكون معه أخ أو أخوان نقصت المقاسمة عن الثلث فرض له الثلث وكان الباقي للإخوة.

وإن كان معه أخوات فقط فإن يكون معهن كأخ يقاسمهن المال للذكر مثل حظ الأنثيين ما لم تنقصه عن الثلث، فإن نقصت فرض له الثلث ولا ينقص منه. فإن كان[1] معه ذكور وإناث كان كأخ معهم فيقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث فيفرض له الثلث على ما بيَّناه.

فإن كان معه ذو سهم كالأم والزوجة والبنت وبنت الابن فينظر للجد حال من ثلاثة: فيعطى أنفعها له من المقاسمة أو السدس من رأس المال أو ثلث[2] الباقي بعد أخذ ذوي الفرض فرضه:

فإن كان معهم إخوة لأب فإنهم يعادون الجد بهم في المقاسمة ثم يرجح ولد الأب فيأخذون ما معهم، فإن فضل شيء كان لهم وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم، مثاله: أن يكون جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ليقسم المال بينهم ثلاثاً يرجع الأخ للأب والأم على الأخ للأب فيأخذ ما بيده فلا يبقى له شيء.

فإن كان جد وأخت للأب والأم وأخت للأب فإن المال بينهم على أربعة أسهم: للجد سهمان ولكل أخت سهم ثم ترجع الأخت للأب وأم على الأخت لأب فتأخذ ما بيدها وتبقى بغير شيء.

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) في (ق): مما أو ثلث.

وإن كان جد وأخت لأب وأم وأخ للأب فالمال بينهم على خمسة أسهم: للجد سهمان وللأخت سهم ثم ترجع الأخت للأب والأم على الأخ للأب فتأخذ مما بيده تمام لا نصف فتكسر[1] الفرضية فتضرب في مخرج النصف وهو اثنان فيكون عشرة: للجد أربعة، وللأخت خمسة ولأخ سهم.

وهو قدر مسألة الأكدرية[2] وحدها[3] وتسمى الغراء وهي: زوج وأم وأخت لأب وأم أو لأب وجد[4]، فإنه فرض للأخت النصف وللجد السدس وتُعَال المسألة إلى تسعة ثم يجمع نصيب الأخت إلى نصيب الجد فيقسم للذكر مثل حظ الأنثيين فينكسر فتضرب التسعة في ثلاثة فتكون سبعة وعشرون.

ولا يسقط الأخ مع الجد إلا في موضوع واحد وهو زوج وأم[5] وأخ[6] وجد فإن الجد له السدس ويسقط الأخ.

فصل [5. في التدليل على ميراث الجد]

وأما ميراث الجد وإسقاط الأب له[7] وكونه عصبة فمعلوم كل ذلك بالإجماع[8] وأغنى عن زيادة عليه.

وإنما قلنا: إنه إذا كان معه ذو فرض أخذ الباقي بعد الفرض؛ لأن ذلك سبيل العصبيات إنهم يأخذون الفاضل عن ذوي السهام.

---

(1) في: فتنكسر.

(2) **الأكدرية:** وسميت هذه المسألة بهذا الاسم: قيل أنها كدرت على زيد بن ثابت رضي الله عنه مذهبه وزلوه، وقيل: لأن عبد الملك ألقاها على فقيه اسمه أو لقبه "أكدر" وقيل: إن الميت كانت من "أكدر" والله أعلم (انظر الفواكه الدواني: (283/2)، الخرشي على خليل: (104/8)).

(3) في (ق): وحده.

(4) وجد: سقط من (م).

(5) وأم: سقطت من (م).

(6) انظر: الموطأ: (510/2-512)، المدونة: (84/3)، التفريع: (342/2)، الرسالة: (256)، الكافي: (565-567).

(7) في (م): وإسقاط الأب وحده.

(8) انظر: الإجماع: (84)، المحلى: (3134/10)، المغني: (177/6)، فتح الباري: (14/12).

وإنما قلنا: في ميراثه مع الولد ما قلناه اعتباراً بالأب؛ لأنه ذكر له ولادة، أو لأنه يقوم مقامه.

فصل [6. في ميراث الإخوة مع الجد]

وإنما قلنا: إن الإخوة يرثون مع الجد؛ خلافاً لأبي حنيفة[1]؛ لأن الأخ الذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن، لأن الأخت أنثى فرضها النصف إذا انفردت فلم يسقطها الجد كالبنت، ولأن تعصيب الأخ أقوى من تعصيب الجد؛ لأنه تعصيب بنوة و(تعصيب الجد تعصيب أبوة، ولأنه يعصب أخته بخلاف الجد فامتنع مع القوة)[2] تعصيبه عليه أن يسقط به.

فصل [7. في مقاسمة الجد الذكور ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث]

وإنما قلنا: إنه يقاسم الذكور منهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث خلافاً لمن قال ما لم ينقصه عن السدس[3] وقول من قال عن نصف السدس[4]؛ لأن كل حجب انحصر بعدد استوى[5] فيه الاثنان والثلاثة أصله حجب الأم عن الثلث أو السدس، ولأن الجدة قائمة مقام الأم كقيام الجد مقام الأب ثم قد ثبت أن الجدة لا تنقص عن نصف نصيب الأم إذا انفردت وهو الثلث، فكذلك يجب أن يكون الجد لا ينقص عن نصف الأب إذا انفرد وهو الثلثان.

---

(1) هذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد يقاسمهم (انظر مختصر الطحاوي: (147)، مختصر القدوري مع شرح الميداني: (199/4).

(2) ما بين قوسين سقط من (م).

(3) وهذا قول عامة أهل العلم (المغني: (219/6).

(4) حكى عن عمران بن الحصين والشعبى (المغني: 219/6).

(5) في (م): استوفى.

فصل [8. في مقاسمة الجد الأخوات إذا انفردن معه عن إخوة]

وإنما قلنا: إنه يقاسم الأخوات إذا انفردن معه عن إخوة خلافاً للقول بأنه لا يقاسمهن إلا إذا كان معهن إخوة[1]؛ لأن كل شخص قاسم ذكراً من أهل المواريث[2] في الأخذ بالتعصيب وجب أن يقاسم الأنثى التي في درجته أصله الأخ للأب والأم؛ لأنه لو كان أخوان لأب وأم وتقاسما، فإذا كان معهم أخت تقاسموا وكذلك البنون والبنات.

فصل [9. في مقاسمة الجد الأخوات إذا كان معه ذو سهم]

وإنما قلنا إنه يقاسم إذا كان معه ذو سهم بعد أخذ ذي السهم[3] سهمه لأن تعصيبه يوجب المقاسمة كتعصيب الأخ أصله إذا لم يكن معه ذو سهم.

فصل [10. في أخذ الجد ثلث ما بقى إذا كان أحظ له]

وإنما قلنا: يأخذ ثلث ما بقي إذا كان أحظ له؛ لأن الأصل في المواريث أن العصبة[4] أولى بما بقي، وحق ذي السهم[5] كحق الغريم (فإذا أخذ ذو السهم حقه صار الفاضل عن ذلك كالفاضل عن الغريم)[6] فكان كأصل مال الموروث، ألا ترى أن العصبة إذا كانوا ذكوراً وإناثاً يقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، فلما كان الجد يقاسم الإخوة في أصل المال إلى الثلث فكذلك فيما بقي.

---

(1) فلقد كان علي بن أبي طالب- رضي الله عنه- يفرض للأخوات فروضهن والباقي للجد (البيهقي: 6/251-252)، المغني: (6/217).
(2) في (م) ك الميراث.
(3) في (ق): ذوي السهم.
(4) في (ق): التعصيب.
(5) في (م): ذوي السهم.
(6) ما بين قوسين سقط من (م).

فصل [11. في عدم انتقاص نصيب الجد من السدس الكامل إذا كان أحظ له]

(وإنما قلنا: إنه لا ينتقص من السدس الكامل إذا كان أحظ له؛ لأن الابن أقوى من الأخ ثم له السدس معه فمع الأخ أولى)[1].

فصل [12. إذا كان ذو السهم مع الأخوات إناث الولد أو غيرهم]

وإنما قلنا: إنه لا فرق بين أن يكون ذو السهم مع الأخوات إناث الولد أو غيرهم وهو مذهب زيد، خلافاً لمن منع المقاسمة بناء على أصله[2] في أن الجد لا يقاسم مع الأخوات وحدهن؛ لأنه قد ثبت قوة الأخ على الأخت، ثم أن للجد أن يقاسم الأخ لو كان مع البنت، فكان بمقاسمة الأخت أولى؛ لأن كون الأخت عصبة لا يوجب إعطاء الجد السدس؛ لأن الجد أيضاً عصبة، وكل عصبة قاسم ذكراً من أهل الميراث فإنه يقاسم كل أنثى في درجته كالإخوة والأخوات.

فصل [13. في معادة الجد مع ولد الأب والأم وولد الأب]

وإنما قلنا: إنه إذا كان مع ولد الأب والأم عادوا الجد بهم، خلافاً لما ذهب إليه علي وابن مسعود[3] من منع المعادة[4] بناء على أصلهما في أن الأخ لأب والأم يحجب الأخ للأب وأن الأخت للأب والأم للأب إذا كان لا يقاسمهما على الانفراد (لا يقاسمهما مع الجد فيصير كأنه ليس إلا الأخت والجد:

ودليلنا أن الجد له ولادة فإذا جاز حجبه بأخوين وارثين جاز حجبه بإخوة أحدهما وارث والآخر غير وارث أصلها الأم يحجبها الإخوة من الأم وإن لم يرثوا مع الأب.

---

(1) سقط هذا الفصل كاملاً من (م).

(2) منع المقاسمة علي وابن مسعود رضي الله عنهما/ وقال بقولهما هذا الشعبى والنخعي والمغيره وابن أبي ليلى والحسن بن زيد (انظر: عبد الرزاق: (268/10)، المغني:217/6).

(3) انظر: البيهقي: (250/6)، ابن أبي شيبة: (292/10)، المحلى: (285/9).

(4) في (م): المعاودة.

فصل [14. في رجع ولد الأب والأم على ولد الأب]

وإنما قلنا: إن ولد الأب والأم يرجعون على ولد الأب؛ لأن حجبهم ليس لأجل ميراثهم ولكن لأجل غيرهم فلم يكن لهم حظ فيما يحجبون فيه، كولد الأم إذا حجبوا الأم مع وجود الأب.

فصل [15. نصيب الجد في مسألة الأكدرية]

وإنما قلنا: له [السدس](1) في مسألة الأكدرية؛ لأنه قد ثبت بما قدمناه أن الجد لا ينقص عن السدس وإن الأخت لا تسقط فلو لم تعل الفريضة لأدى إلى بطلان أحد الأصلين.

فصل [16. سقوط الأخ مع عدم الأنثيين أو الأب وسبب ذلك]

وإنما قلنا: في زوج وأم وجد: إن الأخ يسقط لأنا لو لم نفعل ذلك لأدى على أمور ممنوعة: إما إلى أن ينقص الزوج عن النصف وذلك عير جائز، أو الأم [عن الثلث](2) وذلك يؤدي إلى حجب الجد أو الأخ لها وذلك غير جائز أيضاً أو أن ينقص الجد عن السدس وذلك ممتنع أيضاً؛ لأنه مع الابن الذي هو أقوى من الأخ لا ينقص عن السدس فكان الأخ أضعف عن أن يحجبه ولم يكن الأخ ممن له رحم، فتُعال المسألة، والفرض لا يكون للعصبة؛ لأن حظهم فيما بقي فلم يبق إلا سقوطه وصار كأنه عصبة لم يفعل له شيء.

فصل [17. في ميراث الجدات]

وأما الجدات فقد ذكرنا أن فرضهن السدس، فإذا انفردت واحدة منهن أخذته، وإن اجتمعتا كان بينهما، وإن الجدة لا ترث مع الأم من أي جهة كانت وإنما من جهة الأم ترث مع الأب)(3) ولا ترث معه إن كانت(4) من

---

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ق فأضفته مما سبق، وهي ساقطة من ر.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ق فأضفته من أجل إتمام المعنى.

(3) ما بين قوسين سقط من (م).

(4) في (ق): إن كان.

جهته وأنه لا يرث إلا جدتان أم الأم وأم الأب وأمهاتهم، وأنهما إذا اجتمعتا أسقطت القربى من جهة الأب البعدى من جهة الأم[1]، وقد بيَّنا الحجة لكل ذلك بما يغني[2] عن إعادته.

فصل [18. ميراث الإخوة والأخوات]

فأما ميراث الإخوة والأخوات فإنه على ضربين: بتعصيب وبفرض:

بالتعصيب[3]: بذكور ولد الأب والأم وولد الأب على كل وجه، ولأنهن[4] مع البنات وبنات الابن فقط.

والفرض: للإناث ولد الأب والأم وولد الأب وبجملة ولد الأم ذكورهم وإناثهم:

ففرض الواحد للأب والأم، وللأب إذا انفردت النصف، وفرض الاثنين فما زاد الثلثان.

فإن كان معهم أخ في درجتهن قاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان مع الأخت للأب والأم إخوة لأب أخذت النصف وأخذ ولد الأب ما بقي.

وإن كانت[5] إناث ولد الأب والأم أكثر من واحدة أخذن الثلثين وأخذ ولد الأب ما بقي.

وإن كان معها أخت لأب أخذت الأخت أو الأخوات السدس تكملة الثلثين وما بقي أخذه[6] العصبة.

(1) انظر: الموطأ: (513/2)، التفريع: (342/2)، الكافي: (567).
(2) لا في (ق): يمنع.
(3) في (م): وفرض بالتعصيب.
(4) في (ق): ولأبائهن.
(5) في (ق): كان
(6) في (م): أخذته.

فإن كان مع الأخوات[1] للأب إخوة قاسموهن الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط اعتبار السدس.

وإن كن الأخوات للأب (والأم اثنتين فصاعدا أخذن الثلثين وسقط الأخوات للأب إلا أن يكون)[2] معهن ذكر[3] في درجتهن يعصبهن إذا كانوا في درجتهن لا أنزل منهن بخلاف ولد الابن.

أما الإخوة للأم ففرض الواحد السدس ذكراً كان أو أنثى، وفرض الاثنين فصاعداً الثلثان لا يرادون عليه.

ويحجب جنس الإخوة جملة ذكور الولد وولد الابن وزيد عليهم ولد الأم بأنهم يسقطون مع إناث الولد وولد الابن مع الجد، ويسقط جملة الأب بذكور ولد الأب[4] والأم وقد بينا كل هذا مقروناً بحجاجه.

فإن استغرق المال الأنصباء سقط العصبة منهن وأعيل لغير[5] العصبة مثل: زوج وأم وأخوين لأم وأخ لأب فإن الأخ يسقط؛ لأنه لم يبق[6] له شيء، فإن كان أخاً أو إخوة[7] لأب وأم فاختلف الصحابة فيهم: فمنهم من بناه على الأصل (في أنه عصبة لن يبق له شيء فيسقط)[8]، ومنه من شرك بين ولد الأب والأم وبين ولد الأم وهو مذهب أصحابنا[9].

(1) في (ق): الأخت.
(2) ما بين قوسين سقط من (ق).
(3) في (م): ذكور.
(4) انظر: الموطأ: (2/507-510)، التفريع: (2/343)، الرسالة: (254)، الكافي: (563-564).
(5) في (م): الغير.
(6) في (م): لم يكن.
(7) في (م) ك أخا وأخوه.
(8) ما بين قوسين سقط من (م).
(9) وهي المسألة المشهورة باسم : المشركة.

وإنما قلنا: ذلك؛ لأن الذي استحق ولد الأم به الإرث[1] هو ولادة الأم وهذا يشركهم فيه ولد الأم، ولأن زيادتهم بالأب لا يسقط رحمهم بالأم، فإن أمكن زيادتهم في الميراث به وإلا فلا أقل من أن يكون وجوده كعدمه، وهو تأويل قول عمر رضي الله عنه: لم يزدهم الأب إلا قربى[2]، وقولهم: هب أبانا كان حماراً أليس أمنا واحدة.

فصل [19. ميراث بني الإخوة]

وأما بنو الإخوة يرثون بالتعصب المحض، ويحجبهم ذكور الولد وولد الابن والأب والجد والإخوة[3] ولا يحجبون ذا فرض بوجه[4].

فصل [20. في ميراث العمومة]

وأما العمومة فيحجبهم بنو الإخوة وكل من حجب بني الإخوة، ويترتبون في إخوة الأب كما يرتب الإخوة وكذلك بنوهم[5].

وقد ذكرنا فرض الزوج والزوجة، وقد بيَّنا القول في الولاء والإرث في باب العتق.

---

(1) في (م): الثلث.
(2) أخرجه عبد الرزاق: (251/10).
(3) في (م): والجد في إخوة الأب.
(4) انظر الموطأ: (517/2)، التفريع: (340/2)، الكافي: (568).
(5) انظر الموطأ: (517/2)، التفريع: (340/2)، الرسالة: (252)، الكافي: (568).

باب: في اجتماع الفروض والعول

قد بيَّنا الفروض وعددها، فإذا اجتمعت لن تخل[1] من ثلاثة أحوال:

إما أن تكون مقدرة بسهام التركة مثل: زوج وأخت فهذا قائم بنفسه، أو أن يقصر عن استيعاب التركة فيكون الباقي للعصبة، أو أن تزيد على التركة مثل نصف وثلثين وما أشبه ذلك فهذا تعال[2] المسألة إلى ما انتهت إليه الفروض، ويدخل على كل واحد من الورثة من النقص بحساب ما يوجبه[3] العول، وهذا مذهب أكثر الصحابة ﭬ[4]، وذكر عن ابن عباس منعه، وإدخال النقص على كل ذي فرض ينقل منه إلى تعصيب مثل الأخوات والبنات[5]:

ودليلنا أن الله تعالى قال في الأزواج: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾[6]، وقال في البنات: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾[7]، وقال تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾[8]، فلما كان الزوج لا يمت في الظاهر إلا بمثل ما تمت به الابنة والأخت وجب أن يتساويا في النقص، وأن لا يرجع عليها بشيء يقتضي إكمال فرضه وانفرادها بالنقص، ولأنهم من أهل الفرائض فدخلهم

(1) في (م): لن يخلو.
(2) **العول**: إذا ارتفع حساب الفريضة وزادت سهامها ونقصت الأنصباء وهو نقيض الرد (الفواكه الدواني: 274/2).
(3) في (م): ما يرجيه..
(4) انظر: التفريع: (244/2)، الرسالة: (257)، الكافي: (569).
(5) انظر: سنن البيهقي: (253/6)، عبد الرزاق: (254/10)، ابن أبي شيبة: (1312/10).
(6) سورة النساء، الآية: (12).
(7) سورة النساء، الآية: (11).
(8) سورة النساء، الآية: (176).

النقص بالعول كالبنات والأخوات، ولأن ضيق المال عما يستحق فيه يقتضي نقص أهل الاستحقاق بقدر حقوقهم أصله الغرماء.

فصل [1. في أصول المسائل]

أصول المسائل التي تنقسم سهامها على الفرائض سبعة وهي مقدرة بها: الاثنان والثلاثة والأربعة والستة والثمانية والإثنا عشر والأربعة والعشرون:

فالاثنان للنصف وحده، والثلاثة للثلث والثلثان إذا انفردا أو اجتمعا، والأربعة للربع وله وللنصف إذا اجتمعا، والستة للسدس المنفرد وللنصف معه ومع الثلث والسدس والثلثين، والثمانية للثمن وللنصف معه، والإثنا عشر لاجتماع ثلث وربع أو سدس وربع ما ينضاف إليهما، والأربعة والعشرون لاجتماع الأثلاث والأثمان.

فإذ ثبت هذا فأربعة من هذه[1] الأصول لا تعول وهي: الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية، وثلاثة تعول وهي: الستة والاثنى عشر والأربعة والعشرون:

فعول الستة إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة، وعول الاثنى عشر إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر، وعول الأربعة والعشرين إلى سبعة وعشرين[2]، ولا يحتمل المختصر بسط هذا الباب.

فصل [2. فيمن ترك ابني عم أحدهما أخ لأم]

إذا ترك ابني عم أحدهما أخ لأم كان للأخ لأم[3] السدس وما بقي بينه وبين ابن العم الذي ليس بأخ:

(1) في (ق): هذه.
(2) انظر: التفريع: (344/2)، الرسالة: (257)، الكافي: (569-570).
(3) للأم: سقطت من (م).

وإنما قلنا: إن له السدس؛ لأنه أخ لأم فأشبه الذي ليس ابن عم[1]، وإنما قلنا: إن ما بقي بينهما خلافاً لمن قال إن جميع المال للأخ[2]؛ لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به فرض لا يستحق[3] به حجب من يساويه في الدرجة اعتباراً به لو كان أحدهما زوجاً، وذلك أن الأخ[4] يستحق كالزوجة فإنه يستحق بها فرض ثم ثبت أن ابن العم (لو كان زوجاً لاستحق بالزوجية النصف والباقي بينه وبين ابن العم الذي ليس بزوج)[5]، وكذلك إذا كان أخاً لأم.

وإن كان أحدهما زوجاً والآخر أخاً لأم أخذ الزوج النصف والأخ[6] السدس وكان الباقي بينهما، وأهل الفرائض يلغون الأولى وهي إذا كان أحدهما (زوجاً فيقولون أخوان لأب ولأم ورثا مالا أصاب أحدهما)[7] ثلاثة أرباعه، والآخر ربعه، ويلغون الثانية إذا كان أحدهما زوجاً والآخر أخاً لأم فيقولون أخوان لأب ورثا مالا فورث أحدهما ثلثه والآخر ثلثيه.

(تم كتاب الفرائض بحمد الله وعونه)[8].

---

(1) انظر: التفريع: (340/2)، الرسالة: (255)، الكافي: (568).
(2) انظر: ابن أبي شيبة: (252/10)، المغنى: (189/6)، قضى فيها عبد الله وشريح.
(3) في (ق): لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به حجب.
(4) في (م): و(ر): أن الإخوة.
(5) ما بين قوسين سقط من (ق).
(6) في (م): الآخر.
(7) ما بين قوسين سقط من (ق).
(8) ما بين قوسين سقط من (ق) و(م).

كتاب الجامع[1]

لما كان مدار هذا الباب: على بيان آداب الشريعة ومندوباتها وسنوناتها وتفضيل المستحب والفاضل والمرغب فيه والمرخص فيه والمكروه وما يتعلق بذلك من أحكام المكلفين وجب بيان معاني هذه الأوصاف قبل ذكر الأفعال التي هي محالها ليفهم الدارس معانيها ويقف على الغرض منها، وإلا فمتى وصف الفعل أنه واجب أو ندب وهو ما يعرف معنى الوجوب والندب كان كالحاطب[2]، بين ظلام وعشاء[3]؛ فلذلك وجب[4] البدأ بهذا الباب وأحكامه.

وقد كان من حق التصنيف أن يكون الابتداء أولى به من الخاتمة ولكن تجدد هذا الرأي بعد خروج نسخ منه، كرهنا إفسادها بالاختلاف والله الموقف للصواب[5].

فصل [1. في حكم أفعال المكلفين]

أعلم أن أفعال المكلفين لا تخرج على اختلاف أوصافها وتباين أحكامها على خمسة أحكام وهو: الوجوب والندب والخطر والكراهة والإباحة ولكل واحد من هذه الألفاظ معنى على طريق اللغة ومعنى على طريق الأصوليين ونحن نبين جميع ذلك.

---

(1) هذا الأسلوب في تبويت المائل الذي يدرج جانبا منها تحت عنوان "الجامع" يختص بالتألف في مذهب مالك وهو لا يوجد في تصانيف غيره من المذاهب، وهو من محاسن التصنيف لأنه يجمع مسائل لا تناسب وضعها في ربع من أرباع الفقه وهم في ذلك يتأسوف بإمام المذهب في مؤلفه الموطأ الموطأ (انظر مقدمة تحقيق كتاب الجامع- لابن أبي زيد: 79-81).

(2) في (م): كالحائط وفي (ر): كالخابط.

(3) عشاء بالكسر والمد أول ظلال الليل، وأو لعله يقصد عشى العين (المصباح المنير: 412).

(4) في (م): وجه.

(5) في (ن): والله ولي التوفيق.

فأما معنى الوجوب: فهو تحريم الترك[1]، فكل واجب فتركه حرام، وقيل: ما في فعله ثواب وفي تركه عقاب[2]، والأول أخص، وله عبارات يقال: واجب ومفروض ومكتوب ولازم ومستحق.

هذا على طريق الأصوليين وبجميعه قد ورد بها شرع قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ﴾[3] يعني وجب، وقال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ﴾[4] وقال: ﴿أَنُلْزِمُكُمُوهَا وَأَنتُمْ لَهَا كَٰرِهُونَ ﴿٢٨﴾﴾[5] يريد أن نوجبها عليكم، وقال: ﴿حَقًّا عَلَيْنَا نَصْرُ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴿٤٧﴾﴾[6] يريد مستحقا، وقال تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾[7] وغيرها من ألفاظ الوجوب.

وفي الحديث: "فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر من رمضان"[8]، وحديث الخثعمية[9] لما قالت إن فريضة الله تعالى على عباده في الحج أدركت أبي شيخاً كبيرا[10]، وقال تعالى: ﴿حَتْمًا مَّقْضِيًّا﴾[11]، ويبين ذلك أن أهل اللغة لا يفرقون بين قول السيد لعبده فرضت عليك وأوجبت عليك وحتمت وكتبت وألزمت وأنا استحق عليه ويرونه كله عبارة عن الوجوب وتحريم الترك[12].

فأما أصل الوجوب في اللغة فهو السقوط يقال: أوجب الحائط إذا سقط ووجبت الشمس[13]، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُواْ مِنْهَا﴾[14]

---

(1) انظر: مختصر ابن الحاجب: (230/1)، شرح تنقيح الفصول: (71).
(2) نظر: المستصفى: (65/1)، الأحكام لابن حزم: (323/1)، إرشاد الفحول: (6).
(3) سورة البقرة، الآية: 183.
(4) سورة المائدة، الآية: 28.
(5) سورة هود، الآية: 28.
(6) سورة الروم، الآية: 47.
(7) سورة آل عمران، الآية: 97.
(8) سبق تخريج الحديث في صدقة الفطر.
(9) **الخثعمية:** وهي امرأة من خثعم.
(10) الحديث أخرجه البخاري في الحج باب: وجوب الحج وفضله: (140/2).
(11) سورة مريم، الآية: 71.
(12) انظر: معجم مقاييس اللغة: (6/89-90)، الصحاح: (1/231-232).
(13) انظر المراجع السابق.
(14) سورة الحج، الآية: 36.

فشبهوا المفروض بالشيء الذي قد سقط فلا يمكن رفعه كما لا يمكن الخروج عن الواجب إلا بفعله.

وأصله الفرض عندهم التقدير، ومنه فرض القاضي أي تقديره[1] ، ومنه قوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾[2]، وقوله: ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾[3] أي قدر، واللزوم[4] أخذ الإنسان الشيء وإمساكه[5] أياه.

فصل [2. في الندب]

والندب ما تتعلق الفضيلة بفعله ولا يتعلق العقاب بتركه[6]، وهو مشارك للواجب في الوصف الأول، ويباين له في الوصف الثاني، وله اعتبارات يقال: ندب ومستحب ومسنون وتطوع وإرشاد ونفل وفضيلة ومرغب فيه، وأصل الندب في اللغة: الدعاء إلى الشيء[7]، يقال: ندبته إلى كذا.

والاستحبات المحبة، والمسنون في الشرع في أعلى مراتب المندوب[8]، وهو في اللغة: الطريقة[9]، ومنه ﴿سُنَّةُ ٱلۡأَوَّلِينَ ١٣﴾[10] أي طريقهم، وقوله تعالى: ﴿سُنَّةَ مَن قَدۡ أَرۡسَلۡنَا قَبۡلَكَ﴾[11]، وقوله ﷺ: "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء من بعدي"[12]، والتطوع مأخذ من الطوع[13] وهو الانقياد، يقال: أطاع بكرا أي انقاد إليه، واستجاب له.

---

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة: 489/4)، الصحاح: (1097/40).
(2) سورة البقرة، الآية: 237.
(3) سورة التحريم، الآية:2.
(4) في (م): ألزم.
(5) انظر: معجم مقاييس اللغة: (245/5)، الصحاح: (2029/5.
(6) انظر: مختصر ابن الحاجب: (225/1)، شرح تنقيح الفصول: (71)، الأحكام- للآمدي: (119/1).
(7) انظر: معجم مقاييس اللغة: (413/5).
(8) في (م): المندوبات.
(9) انظر: الصحاح: (2128/5).
(10) سورة الحجر، الآية: 13.
(11) سورة الإسراء، الآية: 77.
(12) أخرجه أبو داود في السنة باب: في لزوم السنة: (4/5)، وابن ماجة في المقدمة باب: اتباع سنة الخلفاء الراشدين: (15/1)، والترمذي في العلم باب: في الأخذ بالسنة واجتناب البدع: (43/5)، وقال هذا حديث حسن صحيح.
(13) انظر: الصحاح: (1255/3).

والإرشاد الهداية إلى المطلوب وإلى ما فيه الصلاح والنقل والهبة[1].

والفضيلة مأخوذة من الفضل وهو الفعل استحقاق الثواب عليه[2]، والرغبة والإرغاب إلى الفعل لينالة الفاعل.

فصل [3. في الحظر والكراهية والإباحة والصحة والرخصة]

والمحظور هو المحرم الممنوع: وهو ما حرم فعله، وهو نقيض الواجب[3] والحظر في اللغة: المنع[4] ومنه الحظيرة[5].

والمكروه نقيض المندوب إليه، وهو ما تعلق الثواب عليه بتركه ولا عقاب في فعله[6].

والإباحة: التوسعة والإطلاق ومنه باحة الدار أي وسطها[7]، والمباح كل فعل وقع من المكلف يستوي فعله وتركه لا ثواب في فعلهن ولا عقاب في تركه[8]، فهذه أصول أحكام أفعال المكلفين وما بعد ذلك داخل فيه.

فالطاعة: امتثال الأمر، يقال أطاع فلانا إذا امتثل أمره[9].

والصحة: وقوع الفعل على الشروط التي يعتد بها لفاعله معها[10].

والرخصة: التخفيف بعد المنع والاستثناء من جملة ممنوعة، ومنه رخص السعر إذا كان بعد الغلاء[11]، وهذه جملة وافية في هذا الفصل.

---

(1) انظر: معجم مقاييس اللغة: (398/5)، الصحاح: (474/2).

(2) انظر: الصحاح: 1791/50).

(3) انظر شرح تنقيح الفصول: (17)، المستصفي: (76/1)، الأحكام للآمدي: (113/1).

(4) انظر: معجم مقاييس اللغة: (80/2)، الصحاح: (634/2).

(5) في (ق): الخطرة.

(6) انظر: شرح تنقيح الفصول: (17)، والأحكام للآمدي: (10122).

(7) انظر: معجم مقاييس اللغة: (315/10)، الصحاح: (356/1).

(8) انظر: شرح تنقيح الفصول: (71)، المستصفى: (66/1)، الأحكام- للأمدي: (123/1).

(9) انظر: معجم مقاييس اللغة: (431/3)، الصحاح: (1255/2).

(10) انظر: شرح تنفيح الفصول: 76، المستصفى: (94/1)، الأحكام- للأمدي: (30/1 ي1).

(11) انظر: مختصر ابن الحاجب: (7/2)، شرح تنقيح الفصول: (85)، المستصفى: (98/1)، الأحكام للأمدي: (132/1).

باب: في السلام

الابتداء بالسلام سنة، وردُّه آكد من ابتدائه، وينتهي السلام إلى البركة[1] ويسلم الماشي على الجالس، والراكب على الماشي والجالس، ويسلم الواحد من الجماعة يجزي عنهم ورد الواحد كذلك..

ولا يُبتدأ أهل الذمة بالسلام فإن بدأو به رد عليهم، ولفظ الرد: وعليكم، ويجزي سلام المسلم أن يزيد الابتداء على لفظ الرد، والرد على لفظ الابتداء إلا أن الانتهاء في ذلك إلى البركات، ولا بأس بالسلام على المرأة المتجالة، ويكره سلام الرجل على الشابة[2].

فصل [1. في سنية الابتداء بالسلام]

وإنما قلنا إن الابتداء بالسلام سنة لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَخَلْتُم بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ تَحِيَّةً مِّنْ عِندِ اللَّهِ مُبَارَكَةً طَيِّبَةً﴾[3]، قوله ﷺ: "وأفشوا السلام"[4]، "من حق المسلم على المسلم ثلاث: فذكر ويسلم عليه إذا لقيه"[5].

فصل [2. في حكم رد السلام]

وإنما قلنا: إن ردَّه آكد من ابتدائه لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾[6] قيل إن ذلك في رد السلام[7]، ولأنه قد تعلق به المسلم كما تعلق في رد المشمت حق التشميت[8].

---

(1) أي إلي: وبركاته.
(2) في جملة أحكام السلام انظر/ الموطأ: (959/2)، التفريع: (348/2)، الرسالة: (267)، الكافي: (610).
(3) سورة النور، الآية: (61.
(4) أخرجه مسلم في الأيمان باب: بيان أنه لا يدخل الجنة إلا المؤمنون: (74/1).
(5) الحديث أخرجه البخاري في الجنائز باب: الأمر باتباع الجنائز: (70/2)، ومسلم في السلام باب: من حق المسلم على المسلم...:(1705/4)، وفيه حق المسلم على المسلم ست أما لفظ ثلاث فلم أعثر عليه.
(6) سورة النساء، الآية: 86.
(7) انظر تفسير الطبري: (189/5).
(8) حق التشميت: سقطت من (ق).

فصل [2. إلى أين ينتهي السلام]

وإنما قلنا: إنه ينتهي إلى قوله: وبركاته، فلأن ذلك ما ورد به الخبر عن النبي ﷺ والسلف، ومنع ما زاد عليه، وروي أن عمر رضي الله عنه أتى النبي ﷺ فقال: السلام عليك رسول الله السلام عليك أيدخل عمر[1]، وروي أن رجلاً سلَّم على عبد الله بن عباس فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ثم زاد ذلك شيئا، فقال ابن عباس: إن السلام ينتهي إلى البركة[2]، وروي أن رجلاً سلَّم على عبد الله بن عمر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته والعاديات والرائحات، فقال ابن عمر: عليك ألف وكأنه كره ذلك[3].

فصل [4. في تسليم الماشي على الجالس والراكب على الماشي]

وإنما قلنا يُسلِّم الماشي على الجالس والراكب على الماشي، لما روي عنه ﷺ أنه قال: "يسلم الصغير على الكبير والماشي على القاعد والراكب على الماشي"[4].

فصل [5. في كفاية تسليم الواحد من الجماعة]

وإنا قلنا إن تسليم الواحد من الجماعة مجزئ[5] عنهم، لما روي عنه ﷺ أنه قال: "إذا سلَّم واحد من القوم أجزأ عنهم"[6].

فصل [6. في كفاية رد الواحد من الجماعة]

وإنما قلنا: إن ردّ الواحد من الجماعة مجزئ عنهم خلافاً لمن فرَّق بين الابتداء والرد، فأجازه في الابتداء، وأوجب في الردّ أن يرد كل واحد

(1) أخرجه أحمد: ورجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد: 47/8).
(2) أخرجه مالك في الموطأ: (959/20).
(3) أخرجه مالك في الموطأ: (962/2).
(4) أخرجه البخاري في الاستئذان باب: تسليم الراكب على الماشي: (127/7)، ومسلم في السلام باب: يسلم الراكب على الماشي والقليل على الكثير: (1703/4).
(5) في (م): يجزئ.
(6) أخرجه مالك في موطئه مرسلا: (959/2).

منهم[1]، لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ ﴾[2] فمفهومه أن يرد بمثل ما ابتدأ من غير زيادة، وذلك يقتضي أنه إذا سلم واحد رد واحد، وقوله ﷺ: "إذا سلَّم واحد من القوم أجزأ عنهم"[3] ولم يفرق بين الابتداء والرد، ولأنه رد التحية وكتشميت العاطس.

فصل [7]

وإنما قلنا: لا يبتدئ أهل الذمة بالسلام لقوله تعالى: ﴿ تَحِيَّةً مِّنْ عِندِ ٱللَّهِ مُبَٰرَكَةً طَيِّبَةً ﴾[4] والكافر ليس بأهل التحية والإكرام بل للإذلال والهوان، وقوله ﷺ: "لا تبدؤهم بالسلام"[5].

فصل [8]

وإنما قلنا: يقول في الرد إذا سلم الذمي: وعليك، لقوله ﷺ: "إن اليهود إذا سلم عليكم[6] أحدكم فإنما يقول السلام عليكم فقل وعليك[7]، وفي رواية أخرى"وعليكم"[8]، وقد اختار بعضهم أن يرد عليه السِلام بكسر السين وهي الحجارة[9] والأولى أولى.

فصل [9. وجه جواز تزايد لفظي الابتداء والرد]

وإنما أجزنا تزايد اللفظين؛ لأن كل واحد[10] مروي عن السلف، ولأن المعنى واحد فيهما.

---

(1) انظر: الفواكه الدواني: (352/25).
(2) سورة النساء، الآية: 86.
(3) سبق تخريج الحديث قريبا.
(4) سورة النور: 61.
(5) أخرجه مسلم في السلام، باب: النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام: (1707/4).
(6) عليكم سقطت من (ق).
(7) أخرجه البخاري في الاستئذان باب: كيف يرد على أهل الذمة السلام: (133/7)، ومسلم في السلام باب: النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام: 1706/40.
(8) أخرجه البخاري في الاستئذان باب: كيف يرد على أهل الذمة السلام: (133/7).
(9) قال ابن فارس سميت الحجارة سلاما لا،ها أبعد شيء في الأرض من الفناء والذهاب لشدتها وصلابتها (معجم مقاييس اللغة: 91/3).
(10) في (م): ذلك.

فصل [10. دليل جواز سلام الرجل على المرأة والمرأة على الرجل]

وإنما قلنا: سلام الرجل على المرأة جائز والمرأة على الرجل؛ لأن النبي ﷺ سلم على النساء[1]، ولأنه تحية للمؤمن فلم يختص به الرجال دون النساء كتشميت العاطس.

فصل [11. في التفريق بين السلام على المتجالة والشابة]

وإنما فرقنا بين المتجالة والشابة؛ لأن المتجالة لا تسبق الظِّنة إلى المسلم عليها أراد أن يكون بذلك محادثتها والالتذاذ بكلامها والتذرع إلى ما يرتاب منها وذلكم غير مأمون في الشابة فكره لما يطرق عليه.

فصل [12. في منع هجر المسلم لأخيه فوق ثلاثة]

هجرة المسلم لأخيه فوق ثلاث[2] ليال منهي عنه إلا أن يكون من أهل الأهواء والبدع أو من فساق الأفعال المديمين[3] على ذلك فمستحب[4] هجرته ردعاً له وزجرا، والذي يخرج به هاجر أخيه من هجرته أن يسلم عليه إذا لقيه[5].

وإنما منعنا دوام الهجرة زيادة على الثلاثة أيام؛ لأن ذلك مؤدٍ إلى التقاطع والتدابر المنهي عنه وموروث للعداوة والبغضاء وتمكن الأحقاد في قلوب المؤمنين بعضهم لبعض، وضد ذلك ما حض النبي ﷺ من المواصلة والألفة، ونهى عنه من التقاطع والتدابر لقوله ﷺ:"لا تقاطعوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا، ولا يهجر أحكم أخاه فوق ثلاث"[6].

---

(1) في السنن: أن أسماء بنت يزيد تحدث أن رسول الله ﷺ مر على عصبة من النساء قعود فسلم عليهن أخرجه الترمذي في الاستئذان باب: ما جاء في التسليم على النساء: (56/5)، وقال حديث حسن؛ وأخرجه أبو داود في الأدب باب: في السلام على النساء: (382/5)، وابن ماجه في الأدب باب: السلام على الصبيان والنساء: (122/2).

(2) ثلاث سقطت من (م).

(3) في (ق): مؤمنين وفي (ر): المدمنين.

(4) فمستحب: سقطت من (ق).

(5) انظر التفريع: (348/2)، الرسالة: (267)، الكافي: (613).

(6) أخرجه البخاري الأدب باب: الهجرة وقول رسول الله ﷺ لا يحل لرجل: (90/7)، ومسلم في البر والصلة والأدب: باب: تحريم الظن: (1985/4).

فصل [13. في استثناء الهجر أقل من ثلاث]

وإنما استثنينا الثلاث لورود الخبر باستثنائها من المنع وتجرى العادة[1] في الطبائع في الهجرة عند حدوث ما يثيرها ويجر إليها وكانت استدامتها ممنوعة لما ذكرناه ..

واحتيج إلى ضرب مدة ليفصل بها بين ما رخص فيه لغلبة الطباع وبين ما منع منه، وكان أول ما ضرب لذلك الثلاث؛ لأنها جعلت في الشرع فصلاً في عدة مواضع.

فصل [14. فيما يخرج من الهجر]

وإنما قلنا: يخرجه من ذلك أن يسلم عليه، لقوله ﷺ: "وخيرهما الذي يبدأ بالسلام"[2]، ولأنه يزول بذلك عن الهجرة المنهي عنها إلى ضرب من المواصلة وهي تحية أخيه المسلم المأمور بابتدائه بها.

فصل [15. في هجر المبتدع]

وإنما استثنينا هجران المبتدع في اعتقاده والمهاجر[3] بفسقه ومعاصيه ردعا له عما هو عليه وليزدجر[4] عنه ويقلع عن استدامته وغضبا الله سبحانه في مواصلة من هذه سبيله وإيثار ألفته ومخالطته، ولئلا ينسب مواصله إلى مثل طريقته ويضاف إليه ما يعرف من قبيح الطريقة به أو الرضا بذلك من فعله، وفي الحديث: "المرء على دين خليله فلينظر أحدكم من يخالل"[5]..

ولأن المخالطة لأهل البدع قد يكون من ضعف القلب وشره العامية بحيث يأمن على نفسه أن يشكك في دينه، ويمكِّن في قلبه شبهة بدعة يبعد

---

(1) العادة في: سقطت من (ق).
(2) سبق تخريج الحديث قريباً.
(3) في (ق) و(ر): المهاجر.
(4) في (م) و(ر): لينزجر.
(5) أخرجه الحاكم: (171/4)، عن أبي الحباب: وقال الحكم حديث أبي الحباب: صحيح ولم يخرجاه.

زوالها منه يتعذر تلافيها، وقد قيل: لا تمكِّن زائغ[1] القلب من أذنيك[2]، وروي ذلك عن جملة من السلف ﭬ.

فصل [16. في جواز المصافحة وكراهية المعانقة وتقبيل اليد]

والمصافحة جائزة وتكره المعانقة وأشد من ذلك تقبيل اليد[3]، وإنما أجزنا المصافحة لقوله ﷺ:"ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا"[4].

فصل [17. في وجه كراهية المعانقة]

وإنما كرهنا[5] المعانقة؛ لأنها لم ترد عن النبي ﷺ، ولا عن السلف مع أنها أخلاق العامة إلا أن يكون من طول الاشتياق وقدوم من غيبة أو مع الأهل وما أشبه ذلك، ويفارق المصافحة لوجود العمل بها.

وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازتها[6]، ووجهه[7] ما روي عن حديث أبي ذر أن رسول الله ﷺ كان يصافحه فجاءه فالتزمه"[8]، واعتباراً بالمصافحة.

فصل [18. كراهية تقبيل اليد]

وإنما كره تقبيل اليد؛ لأنه من التكبر والتجبر الذي تستعمله الأعاجم، ولم ينقل عن أحد من السلف[9].

---

(1) في (م): رابع.
(2) ينسب هذا القول للإمام مالك (المدخل لابن الحاج (226/2) و الاعتصام للشاطبي (131/1))
(3) انظر الرسالة: (277)، المقدمات: (441/3،440).
(4) أخرجه أبو داود في الأدب باب: في المصافحة: (388/5)، وابن ماجه في الأدب باب: المصافحة: (1220/2)، والترمذي في الاستئذان باب: في المصافحة: (70/5)، والحديث عن الأجلح وفيه مقال (نصب الراية: (260/4).
(5) في (م): كرهت.
(6) منهم ابن عيينة ولقد حاج مالك في ذلك بحديث قدوم جعفر من أرض الحبشة فاعتنقه النبي ﷺ (انظر الرسالة: 277، المقدمات: 440/3-441).
(7) ووجه: سقطت من (م).
(8) أخرجه أبو داود في الأدب باب: في المعانقة: (36/5)، وقد ذكر البخاري هذا الحديث في التاريخ الكبير وقال مرسل.
(9) ولقد أنكر مالك ما روي في ذلك من أحاديث صحيحة، وقال أتباع مالك في ذلك إن كان إنكار ذلك من جهة الرواية فمالك حجة فيها لأنه إمام الحديث، وإن كان من جهة الفقه فما ذكره القاضي عبد الوهاب، وقال

فصل [19. في تشميت العاطس]

وينبغي للعاطس أن يحمد الله تعالى، وأن يسمع من يقرب منه، وينبغي لمن سمعه أن يشمِّته إلا أن يتوالى منه ذلك مراراً[1] فيسقط عنه تشميته..

وتشميته أن يقول يرحمك الله، ولردِّه لفظان: أحدها أن يقول: يهديكم الله ويصلح بالكم، والأخر أن يقول: يغفر الله لكم، والأول أفضل[2].

وإنما قلنا: إنه إذا عطس حمد الله عز وجل لقوله ﷺ: "إذا عطس أحدكم فليقل الحمد الله"[3]، وروت عائشة رضي الله عنها أن رجلاً عطس عند النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ماذا أقول فقال: "قل الحمد الله"[4]..

وإنما قلنا: إن على من سمعه أن يشمِّته لقوله ﷺ :"إذا عطس فليشمِّته"[5]، وقوله :"فليقل له صاحبه يرحمك الله"[6].

وإنما قلنا: إنه لا يستحق التشميت إلا إذا سمع منه الحمد الله لقوله ﷺ: "إذا عطس أحدكم فليقل الحمد الله، وليقل صاحبه يرحكم الله"[7] ، فشرط فيه أن يكون بعد التحميد، وروي أنه ﷺ عطس عنده رجلان فشمت أحدهما ولم يشمت الآخر، فقيل له في ذلك فقال:"لأن ذلك حمد الله فشمَّته، وهذا لم يحمد الله فلم أشمِّته"[8].

=بعض المالكية بجواز تقبيل يد العالم والشيخ الوالد والقادم من السفر وإن كان ظاهر المذهب خلافه (انظر الرسالة: 277، والمقدمات: 441/3، الفواكه الدواني: 355/2).

(1) في (ق): مرات.

(2) انظر: الموطأ: (965/2)، التفريع: (354/2)، الكافي: (614).

(3) أخرجه البخاري في الأدب باب: إذا عطس كيف يشمت: (125/7).

(4) أخرجه أحمد: (979/6)، وأبو يعلى وفيه أبو معشر نجيح وهو لين الحديث، وبقية رجاله ثقات (مجمع الزوائد: 60/8).

(5) سبق تخريج الحديث قريباً.

(6) سبق تخريج الحديث قريباً.

(7) سبق تخريج الحديث سابقاً.

(8) أخرجه البخاري في الأدب باب: الحمد للعاكس: (125/7)، ومسلم في الزهد باب: تشميت العاكس: (2292/4).

(وإنما قلنا: إن للرد على لفظين لأن الرواية جاءت بهما)[1].

وإنما قلنا: إن قوله: يهديكم الله أفضل لقوله ﷺ: "وليقل يهديكم الله ويصلح بالكم"[2]، ولأن الهداية أفضل من المغفرة لأنها قد تعرى من الذنوب، والمغفرة لا تكون إلا لذنب..

وإنما قلنا إن التشميت يسقط مع الموالاة لقوله ﷺ:"إن عطس فشمته ثم إن عطس فقال إنك مضنوك"[3] يريد مزكوم.

فصل [20. في خصال الفطرة]

وعشرة من الفطرة: خمس في الرأس، وخمس في الجسد:

فالتى في الرأس المضمضة والاستنشاف والسواك وقص إطار الشارب، وإعفاء اللحية..

والتي في الجسد: حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار والاستنجاء والختان[4].

وإنما قلنا: ذلك لورود الروايات بذلك، فأما المضمضة والاستنشاق والسواك والختان فقد ذكرنا حكم جميعها.

فصل [12. في قص الشارب]

فأما قص إطار[5] الشارب فلقوله ﷺ: "أحفوا الشوارب"[6] (ومعنى ذلك قص ما زاد من أطرافه[7]، وروي أنه ﷺ كان يأمر بقص شاربه[8].

---

(1) ما بين قوسين من (م).
(2) سبق تخريج الحديث قريبا.
(3) أخرجه مسلم في الزهد والرقائق، باب: تشميت العاطس: (2293/4).
(4) انظر الموطأ: (921/2)، الرسالة: (272)، والكافي: (612).
(5) إطار: سقطتن من م، والإطار: طرف الشعر المستدير على الشفه (الرسالة: 272).
(6) أخرجه مسلم في الطهارة باب: خصال الفطرة: (222/1).
(7) أطرفه مطموسة في (ق).
(8) أخرجه الترمذي في الأدب باب: ما جاء في قص الشارب: (86/5)، وقال هذا الحديث حسن غريب.

وأما حلقُه فمُثلة منهي عنها)[1] هذا مذهب أكثر أهل العلم وعلماء من المدينة، ومروي عن جمهور الصحابة، وذهب أبو حنيفة والشافعي إلى استحبابه[2].

وإنما قلنا: ذلك لقوله ﷺ: "ليس منا من حلق"[3]، ولأن في تبقيته جمالاً للوجه وزينة، وفي حلقه مثلة وذهاب بهاء الوجه[4] وجماله فكانت تبقيته هي المستحبة كشعر اللحية..

وروي عن عمرو وأبي سعيد الخدري ورافع بن خديج وجابر وسهل بن سعيد[5] وأبي هريرة وغيرهم أنهم كانوا يجزّون شواربهم[6]، وقال مالك كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا حزبه أمر فتل شاربه[7]، وقال ابن المسيب أول من قص الشارب إبراهيم ﷺ[8]..

فأما إعفاء اللحية وتوفيرها وتكثيرها؛لأن في ذلك جمالاً للوجه وزينة للرجل، وجاء في بعض الأخبار "أن الله عز وجل زين بني آدم باللحى"[9] ولأن الغرض بذلك مخالفة الأعاجم في نتفها وتبقية اليسير منها، والإعفاء التكثير ومنه قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ عَفَوا﴾[10] يريد كثروا، هذا ما لم يخرج بطولها عن الحد المعتاد ويفضى بصاحبها إلى الطنز[11] والسخرية منه.

---

(1) ما بين قوسين سقط من (م).
(2) انظر الأم: (21/1)، فتح الباري: (347/10).
(3) أخرجه أبو داود في الجنائز باب: في النوح: (496/3)، والنسائي في الجنائز باب: شق الجيوب: (18/4)، قال ابن حجر "والاستدلال بهذا الخبر في غير ما ورد فيه (فتح الباري: (348/10).
(4) في (م): لماء الوجه.
(5) **سهل بن سعد:** بن مالك بن خالد الأنصاري الخزرجي الساعدي أبو العباسي، وله ولأبيه صحبة، ومشهور مات سنة ثمان وثمانين وقيل بعدها وقد جاز المائة (تقريب التهذيب: 257).
(6) انظر البيهقي: (151/1)/ وفيه من طريق ابن أبي راقع قال: رأيت أبا سعيد الخذري وجابر بن عبد الله وبان عمر ورافع بن خديج وأبا أسد الأنصاري وسلمة بن الأكوع وأبا رافع ينهكون شواربهم.
(7) أخرجه الطبراني، ورجاله رجال الصحيح خلا عبد الله بن أحمد، وهو ثقة مأمون (مجمع الزوائد: 169/5).
(8) الموطأ: (922/3).
(9) لم أعثر على تخريج هذا الخبر.
(10) سورة الأعراف، الآية: 95.
(11) في (ق): التطريه. وفي ر: الطنزية، والطنز: السخرية (الصحاحط: 883/3).

فصل [22. في حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظافر]

وأما حلق العانة ونتف الإبط وتقليم الأظفار فمستحب لورود الخبر به[1] اتصال العمل من السلف والأعصار إلى هلم جرا به، ولأنه من النظافة وإزالة الشين والقذارة فكان استنانه متأكدا.

فصل [23. في الاستئذان]

ولا ينبغي لأحد أن يدخل على أجانب أو أقارب إلا بإذن ويستئذن ثلاثاً فإن أذن له وإلا رجع إلا أن يغلب على ظنه لأنه لم يسمع فلا بأس أن يزيد، وليستئذن في دخوله على أمه ودوات محارمه، وأن يسلِّم على أهل بيته[2] وأهله إذا دخل منزله[3].

فصل [24. الدليل على الاستئذان]

وإنما قلنا إن الاستئذان مأمور به في الجملة لقوله تعالى:

﴿لَا تَدْخُلُوا۟ بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ ...إلى قوله: فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّىٰ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾[4]، وقوله: ﴿فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ﴾[5] وقوله ﴿لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ﴾[6] الآية، ولأنه إذا دخل ولم يستأذن ربما صادف كراهة من القوم لدخوله أو كونهم على ضروب من الانبساط يكرهون أن يراهم الغير عليها.

---

(1) في قوله ﷺ: "خمس من الفطرة: الختان والاستحداد ونتف الإبط، وتقليم الأظافر وقص الشارب" أخرجه البخاري في اللباس باب: تقليم الأظافر: (56/7)، ومسلم في الطهارة باب: خصال الفطرة: (221/1).

(2) أهل بيته: سقطت من (م).

(3) انظر: م الموطأ: (963/2)، التفريع: (349/2)، الرسالة: (278)، الكافي: (610).

(4) سورة النور، الآية: 28.

(5) سورة النور، الآية: 59.

(6) سورة النور، الآية: 58.

فصل [25. في الاستئذان على الأقارب]

وإنما قلنا: يستأذن على الأقارب كاستئذانه على الأجانب؛ لأنه متى فاجأهن بالدخول جاز أن يصادف منهن عورة لا يجوز له الاطلاع عليها[1] أو أمرا يكرهن الوقوف عليه منهن، وقد نبه النبي ﷺ من سأله عن ذلك على هذا المعنى لقوله لما سأله (هل علي أن أستأذن على أمي، قال له "نعم"، قال إني معها في البيت قال استأذن عليها قال إني خادمها، قال استأذن عليها)[2] أتحب أن تراها عريانة[3]، وفي طريق آخر: "أتحب أن ترى منها ما لا تحب" قال لا، قال: فاستأذن"[4].

فصل [26. في جواز عدم الاستئذان على الزوجة والأمة]

فأما أمته وزوجته الجائز له وطأها فليس عليه استئذانهن لأن أكثر ما في ذلك أن يصادف منهن تكشفاً وتبسطاً[5] وقد أبيح له النظر إلى أبدانهن.

فصل [27. في أن الاستئذان ثلاث]

وإنما قلنا: إن الاستئذان ثلاث لما روى أبو موسى الأشعري وأبو سعيد الخذري أنه ﷺ قال: الاستئذان ثلاث فإن أذن لك فأدخل وإلا فارجع"[6]، ولأنه قد لا يسمع في أول مرة واحتيج إلى زيادة عليه فكانت الثلاثة أولى ما حد فيه.

---

(1) في (ق): عليهن.
(2) ما بين قوسين سقط من (ق).
(3) أخرجه مالك في موطئه (963/2)، مرسلاً، وقال ابن عبد البر عن الحديث أنه مرسل صحيح.
(4) ذكرهن البخاري في الأدب المفرد من طريق مسلم بن النذير ومن طريق موسى بن طلحة وقال ابن حجر: وأسانيد هذه الآثار كلها صحيحة (فتح الباري:25/11).
(5) في (ق): ووسطا.
(6) أخرجه البخاري في البيوع، باب: الخروج في التجارة: (6/2)، مسلم في الأدب، باب: الاستئذان: (1694/3).

فصل [28. في رجوع من لم يسمع إذنا]

وإنما قلنا: إنه إذا رجع لقوله ﷺ: "فإن أذن لك فأدخل وإلا فأرجع[1]، ولأن الدخول على الإنسان بغير إذنه غير جائز، والزيادة على القدر الذي ورد به الشرع تعد لما حد فيه، ولا يعلم[2] إذا لم يؤذن له إنه يكره الدخول فلا ينبغي أن يزد[3].

فصل [29. في زيادة الاستئذان إذا لم يسمع]

وإنما قلنا: إنه إذا غلب على ظنه أنه لم يسمع جاز له أن يزيد؛ لأنه إذا لم يسمع كان كمن لم يستأذن؛ لأن الاستئذان الذي له حكم هو ما صادف سماعاً يعلم من المستأذن عليه هو إذن أو كراهة، فإذا لم يسمع كان كالمستأذن على النائم فلا يكون لاستئذانه حكم.

فصل [30. في السلام على الأهل]

وإنما استحببنا أن يسلم على أهله لقوله تعالى: ﴿فَسَلِّمُواْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ تَحِيَّةٗ مِّنۡ عِندِ ٱللَّهِ مُبَٰرَكَةٗ طَيِّبَةٗ﴾[4]، ولأنه إذا استحب له ذلك مع الأجانب كان أولى مع الأقارب، ولأنها تحية ندب إليها فلم تختلف فيها حكم الأجانب والأقارب كتشميت العاطس.

فصل [31. في منع التناجي]

ولا يتناجى اثنان دون واحد[5] لنهيه ﷺ عن ذلك[6]، ولأن في ذلك انكسار قلبه، لأنه يعتقد أنهما يكرهان اطلاعه على ما هما فيه وستره عنه

---

(1) سبق تخريج الحديث قريباً.
(2) في (م): ولأنه يعلم.
(3) في (م): أن يؤذيهم.
(4) سورة النور، الآية: 61.
(5) انظر الموطأ: (988/2)، التفريع: (355/2)، الرسالة: (287).
(6) أخرجه البخاري في الاستئذان، باب: لا يتناجى اثنان دون الثالث: (142/7)، ومسلم في السلام، باب: تحريم مناجاة الاثنين دون الثالث بغير رضاه: (1717/4).

وارتيابه بهما، وظنه أنهما في شيء من أمره، ويجوز إذا كانوا جماعة؛ لأنه قد شركه الباقون فيما يستر عنه من الحديث فيزول عنه الحزن.

فصل [32. في تصرفات الإنسان بجوارحه]

ما يتصرف فيه الإنسان بجوارحه على ضربين: منه ما يستحب له فعله بيمينه فإن فعله بشماله أساء وأجزاه، ومنه ما يستحب له فعله بشماله فإن فعله بيمينه أساء إلا أن يكون له عذر في الموضعين.

فالضرب الأول كالعبادات التي ليس طريقها إزالة الأذى وأوائل الأفعال دون الخروج منها وذلك كالوضوء وتناول الشيء من يد غيره، والأكل والشرب واللباس والنعل وما أشبه ذلك كل هذا يستحب له فعله بيمينه.

والآخر كالاستنجاء والاستنثار وخلع النعل وتنقية الأنف وغير ذلك من إزالة النجاسة والأذى فهذا كله مستحب له فعله بشماله[1]: والأصل في هذا قوله ﷺ: "إذا توضأتم فابدءوا بميامنكم"[2])[3]، وقوله ﷺ:"إذا انتعل أحدكم فليبدأ بيمينه، وإذا خلع فليبدأ بشماله، ولتكن اليمنى أولهما تنعل واليسرى أولهما للخلع"[4]، وقوله ﷺ: "لا يأكل أحدكم بشماله ولا يشرب بشماله (فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله)[5]"[6]، وقالت عائشة رضي الله عنها: كانت يمينه ﷺ لوجه وشماله لما وراء ذلك[7].

---

(1) انظر: الموطأ: (926/2، 922، 916)، التفريع: (353/2)، الكافي: (614).
(2) أخرجه أبو داود في اللباس باب: في الانتفال، وابن ماجه في الطهارة باب: التيمن في الوضوء (141/1)، وأحمد: (254/2)، وصححه ابن خزيمة: (91/1)، وابن حبان في صحيحه.
(3) ما بين قوسين من (م).
(4) أخرجه البخاري في اللباس باب: ينزع نعل اليسرى: (49/7)، ومسلم في اللباس والزينة باب: استحباب: لبس النعل في اليمن أولا: (1660/3).
(5) أخرجه مسلم في الأشربة باب: آداب الطعام والشراب وأحكامها: (1598/2).
(6) ما بين قوسين سقط من (ق).
(7) أخرجه البخاري في الوضوء من باب: التيمن في الوضوء من والغسل: (50/1)، ومسلم في الطهارة باب: التيمن في الطهور وغيره: (226/1)، بلفظ قريب منه.

فصل [33. في منع المشي في نعل واحد]

ولا ينبغي أن يمشي الرجل في نعل واحد[1] لنهي رسول الله ﷺ عن ذلك وقوله: "لينتعلها جميعاً أو يخلعها جميعاً"[2]، ولأن ذلك يشغل قلبه ويؤثر فيه ضربا من التخيل والاضطراب، ولأنه ضرب من الشهرة والتعريض؛ لأن من يراه نسبه إلى اختلال الرأي ونقصان المروءة وقلة التحصيل ويطرق عليه اللهو وذلك خلاف موجب المروءة والتصور[3] ويجوز ذلك في الشيء الخفيف إذا كان هناك عذر وهو أن يمشي في إحداهما متشاغلاً بإصلاح الأخرى، وإن كان الاختيار أن يقف إلى الفراغ منها؛ لأنه ينسب حينئذٍ إلى شيءٍ مما يكره، وإنما تناول له في العجلة والإسراع إلى ما لا يأمن قوته فيكون ذلك عذرا له.

فصل [34. في التسمية على الطعام]

ويستحب للمرء أن يسم الله عند أكله وشربه، وأن يحمد الله عند فراغه[4] لما روي أنه ﷺ كان إذا وضع يده في الطعام قال: "بسم الله، اللهم بارك لنا فيما رزقتنا"[5]، وقال لعمر بن أبي سلمة:" سم الله وكل مما يليك"[6]، وروى أبو أمامة[7] أنه ﷺ إذا فرغ من الطعام قال: "الحمد الله

(1) انظر الموطأ: (916/2)، التفريع: (353/2)، الكافي: (614).
(2) أخرجه البخاري في اللباس باب: لا يمشي في نعل واحد (49/7)، مسلم في اللباس والزينة باب: استحباب: لبس النعل في اليمين أولا..ك (1660/3).
(3) في (م): التصديق.
(4) انظر: الموطأ: (927/2)، التفريع: (349/2)، الرسالة: (275)، الكافي: (613).
(5) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب: التسمية على الطعام: 139/40، الترمذي في الأطعمة، باب: ما جاء في التسمية على الطعام: (253/4)، وقال: حديث حسن صحيح.
(6) أخرجه البخاري في الأطعمة باب: الأكل مما يليه: (196/6)، ومسلم في الأشربة باب: آداب الطعام: (1599/3).
(7) **أبو أمامة:** البلوى حليف بني حارثة اسمه إياس وقيل عبد الله بن ثعلبه، وقيل ثعلبه بن عبد الله أو ابن سهيل، صحابي (تقريب التهذيب: 619).

كثيراً وطيباً ومباركاً فيه"[1]، وروى أبو سعيد أنه ﷺ كان يقول: "الحمد الله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين"[2].

فصل [35. في آداب الأكل الأخرى]

وينبغي له أن يتناول اللقمة بيمينه لما بيناه، ولا يأكل إلا مما يليه إذا كان الطعام نوعا واحداً[3] لقوله ﷺ: "وكل مما يليك"[4]، ولأن في تعديه ما يلي غيره دناءة وقلة مروءة وأدب[5]، وإذا كان أنواعاً مختلفة جاز أن يجيل يده في نواحيه؛ لأنه ينسب[6] في ذلك إلى غرض صحيح غير مستقبح وهو إرادة النوع الذي في الناحية البعيدة عنه.

فصل [36. في منع النفخ في الطعام]

ولا ينبغي أن ينفخ في طعام ولا شراب ولا أن يتنفس في إنائه، وإذا ضاق النفس بالشارب فلينح[7] القدح عن فيه فإذا تنفس أعاده[8]، لما روي أنه ﷺ نهى عن النفخ في الشراب[9]، فقال له رجل: إني أروى من نفس واحد فقال له ﷺ: فأبن القدح عن فيك وتنفس"[10]، وروي أنه ﷺ قال: "اشرب في ثلاثة أنفاس فهذا أهنأ وأمرأ"[11]، ولأنه إذا تنفس في الإناء جاز أن يطير مع نفسه شيء من ريقه أو أنفعه فتعافه النفس وينسب إلى القذارة.

---

(1) أخرجه البخاري في الأطعمة باب: ما يقول إذا فرغ من طعامه: (214/6).
(2) أخرجه أبو داود في الأطعمة، باب: ما يقول الرجل إذا طعم: (187/4)، والترمذي في الدعوات باب: ما قول إذا فرغ ففرغ من الطعام: (473/5)، وقال هذا حديث حسن صحيح.
(3) انظر: الموطأ: (967/2)، التفريع: (2/349-350)، الرسالة: (274)، الكافي: (613).
(4) سبق تخريج الحديث قريباً.
(5) في (ق): اداب.
(6) في (ق): سبب.
(7) في (ق): فيلنتح.
(8) انظر: الموطأ: (924/2)، التفريع: (350/2)، الرسالة: (275)، الكافي: (613).
(9) في (ق): الشرب.
(10) أخرجه مالك: (925/2)، الترمذي في الأشربة باب: ما جاء في كراهية النفخ في الشراب: (269/4)، وقال: هذا حديث حسن صحيح.
(11) أخرجه مسلم الأشربة، باب: كراهية التنفس في نفس الإناء: (1603/3)، بلفظ "أن النبي، كان يتنفس في الإناء ثلاثاً ويقول هو: أروى وأمراً وابرأ" وفي رواية أبي داود "أهنأ" بدل أوري.

(وكذلك قلنا إنه إذا رأى القدارة)[1] في الإناء أراقها ولم ينفخها ووردت الرواية بذلك.

فصل [37. في جواز الشرب قائما]

ويجوز الشرب قائما؛ لأنه ﷺ فعل ذلك[2]، وذكر مثله عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وروي عن سعد وابن عمر وعائشة[3] رضي الله عنهم أجمعين.

فصل [38. في كراهية الأكل متكئا]

يكره الأكل متكئاً لقوله ﷺ: "أما أنا فلا آكل متكئا"[4]، ولأن ذلك من فعل الأعاجم اعتقاداً للتجبر والتعظيم، وإذا أراد دفعه إلى غيره دفعه إلى الأيمن لما بيَّناه من استحباب: التيامن على غيره، ولما روي أنه ﷺ أتي بشراب وعن يمينه أعرابي وعن شماله أبي بكر وعمر والأشياخ[5]، فقال للأعرابي وإن أذنت دفعت إلى أبى بكر"، فقال الأعرابي: لا أوثر بنصيبي منك أحداً: "فتله[6] رسول الله ﷺ في يده"[7]، ولأن ذلك مذهب العرب وسنتها فإذا أكده الشرع كان أدخل في الندب وأولى بالاستحباب.

فصل [39. في تحريم الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة]

ولا يجوز الأكل والشرب في آنية الذهب والفضة، ولا اتخذها للاستعمال في غير ذلك[8].

---

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).
(2) فقد ثبت أنه ﷺ شرب قائما من زمزم أخرجه البخاري في الأشربة باب: الشرب قائماً: (248/60)، ومسلم في الأشربة باب: في الشرب من زمزم قائما: (1610/3).
(3) أخرج هذا الأثار: مالك: (925/2-926)، أبو داود: (109/4)، الترمذي: (226/4).
(4) أخرجه البخاري في الأطعمة باب: الأكل متكئاً: (201/6).
(5) **الأشياخ:** هم كبار الصحابة رضوان الله عليهم.
(6) فتله: أين ألقاه (انظر الصحاح: 1645/4).
(7) أخرجه البخاري في الأشربة باب: الأيمن فالأيمن: (248/6)، ومسلم في الأشربة باب: استحباب: إدارة الماء واللبن ونحوهما عن يمين المبتدئ: (1603/3).
(8) انظر: الموطأ: (924/2)، التفريع: (351/2).

وإنما قلنا: ذلك لقوله ﷺ:"الذي يشرب في آنية الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم"[1]، وكذلك الأكل أيضا ممنوع؛ لأن المعنى فيه وفي الشرب واحد وهو الخُيَلاء والتجبر، ولأنه من ضروب ملوك الأعاجم والأكاسرة[2]، ويجوز استعمال المضبب[3] إذا كان يسيراً.

فصل [40. في آداب النوم]

وينبغي لمن أراد النوم أن يوكئ سقاءه[4] ويكفي إناءه[5] ويغلق بابه ويطفئ سراجه[6] لورود الخبر بنص ذلك، ولأنه لا يأمن أن يتعدى من تركه ضررا إذا لم يكن للسراج من يراعيه أو أن يعبث بالإناء شيء من الهوام، وأما إغلاق الباب: فاحترازاً من السارق، وقد قال ﷺ: أوكوا السقاء وأكفؤا الإناء واطفؤوا المصباح، فإن الفويسقة تضرم على الناس بيوتهم"[7]، وفي بعض الأمهات فصل زائد.

فصل [41. في جواز الشرب قائما]

يجوز الشرب قائما لأنه ﷺ فعل ذلك والسلف[8] وقال ابن عمر كنا نأكل ونحن نسعى ونشرب ونحن قيام على عهد رسول الله ﷺ[9].

(1) أخرجه البخاري في الأشربة باب: آنية الفضة: (251/60)، ومسلم في اللباس والزينة باب: تحريم استعمال أواني الذهب والفضة: (1634/3).
(2) **الأكاسرة:** جمع الكسرى- على غير قياس- وكسرى: هو لقب الملوك الفرس (الصحاح: 806/2).
(3) في (ق): المنضب.
(4) أي شد وربط رأس القربة بالوكاد وهو الخيط.
(5) أي قبلوه ولا يترك للعق الشيطان ولحس الهوام وذوات الأقذار.
(6) انظر: الموطأ: (929/2)، التفريع: (350/2).
(7) أخرجه مسلم في الأشربة باب: الأمر بتغطية الإناء: (1594/3).
(8) أعاد المصنف هذا الفصل بعد أن ذكره قريباً.
(9) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة باب: الأكل قائماً: (1098/2)، الترمذي في الأشربة باب: ما جاء في النهي عن الشرب قائماً: (265/4)، وقال هذا حديث صحيح غريب.

فصل [42. في كراهية تعمد غسل اليد للأكل]

كره مالك تعمد غسل اليد للأكل[1]؛ لأنه من زي الأعاجم، ولم يُروَ عن السلف إلا أن يخاف أن يكون مس بيده شيئا يكره أن يباشر به الطعام، ولأن ذلك إن كان مقصوداً به المبالغة في النظافة فيكره له الاقتداء بالأعاجم مع مضادتهم العرب واعتقادهم أنهم أبصر وأعرف بتدبير الأمور وسائر[2] النظافة؛ لأن التخلق بأخلاق العرب في الجملة أولى، والتعلق بآدابهم وسننهم أحق إلا قدر ما ورد به الشرع بمنعه.

فصل [43. في اجتناب المسجد على آكل الكراث والبصل والثوم]

وينبغي لآكل الكراث[3] والبصل والثوم اجتناب المسجد[4] لقوله ﷺ:"من أكل من هذه البقلة الخبيثة فلا يقربن مصلانا"[5]، وقوله ﷺ "من أكل هذه الشجرة فلا يقربن مسجدنا يؤذينا بريح الثوم"[6]، وروي أنه ﷺ كان يجتنب ذلك لأجل جبريل عليه السلام[7])[8].

---

(1) هذا الذي قال: مالك ردهن ابن عبد البر بحديث سليمان رضي الله عنه "غسل اليد قبل الطعام ينفى الفقر..." وقال: إنه صحيح، ولكن قال مالك: ليس العمل عليه وقال ابن وهب يغسلها (انظر: الكافي: (611-612)، شرح زروق وشرح ابن ناجي على الرسالة: (388)، الفواكه الدواني: (350).

(2) في (م): آلة.

(3) **الكراث:** بقل معروف (الصحاح:390/1).

(4) انظر الرسالة: (275).

(5) أخرجه أبو داود في الأطعمة باب: في أكل الثوم: (171/4)، ت وقال الهيثمي رواه الطبراني في الكبير ورجاله رجال الصحيح (مجمع الزوائد: 20/2).

(6) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة باب: نهي من أكل ثوماً أو بصلاً أو كراثاً: (393/1).

(7) فقد روي أنه ﷺ أتى ببدر –أي بطبق- في الخضروات من البقول فوجد لها ريحاً فسأل فأخبر بما فيها من البقول، فقال قربوها إلى بعض أصحابه كان معه فلنا رآه كره أكلها قال: كل فإني أناجي من لا تناجي" أخرجه البخاري، في الآذان باب: الثوم النئ والبصل: (207/1).

(8) ما بين قوسين سقط من (م).

فصل [44. استحباب: غسل اليد والفم من الدسم]

يستحب غسل اليد والفم من الدسم[1] لأمره ﷺ بذلك[2]، وروي أنه ﷺ شرب لبناً فمضمض، وقال: إن له دسما"[3]، وإن لم يكن في طعامه ذلك فليس عليه غسل يده، وقد روي أن منديل عمر رضي الله عنه كان بطن قدمه[4].

فصل[45. إجابة وليمة العرس]

ولا بأس بالإجابة إلى وليمة لعرس[5] لقوله ﷺ: "من دعي إلى وليمة فليجب"[6] فينبغي ألا يمتنع من دعي إليها من الحضور دعوة لختان وغيرها، وإن أجاب إلى ذلك فلا بأس وإن امتنع فلا بأس[7].

وإنما استحببنا حضور وليمة النكاح، لأن في ذلك معونة على إظهاره، والمبالغة في إعلانه وذلك مستحب فيه، وليس عليه أن يأكل وإنما عليه أن يحضر لقوله ﷺ: "من دعي إلى وليمة فليجب فإن كان مفطراً فليأكل وإن كان صائما فليصل"[8] أي فليدع، وهذان إذا كانت الوليمة (خالية من اللعب والمنكر كالطبل والزمر، وإن كان فيها شيء من ذلك فلا ينبغي حضوره إلا أن يكون خفيفا لا ينكر نوعه فلا بأس به)[9].

---

(1) أنظر الرسالة: (274)، الكافي: (614).

(2) أخرج الترمذي حديث "من نام وفي يده غمر من فأصابته شيء فلا يلومن إلا نفسه" في الأطعمة باب: ما جاء في كراهية البتوته وفي يده ريح غمر: (255/4)، وقال هذا حديث حسن غريب.

(3) أخرجه البخاري في الأشربة، باب: شرب اللبن: (247/6)، ومسلم في الحيض، باب: نسخ الوضوء مما مسته النار: (274/1).

(4) جامع الأحاديث للسيوطي (321/13) والطبقات الكبرى(318/3) وشرح صحيح البخاري لابن بطال(506/9) ، وروى عن جابر قال: كنا زمن النبي ﷺ لا نجد مثل ذلك الطعام إلا قليلاً فإذا نحن وجدناه لم يكن لنا مناديل إلا أكفنا وسواعدنا وأقدامنا...(أخرجه البخاري في الأطعمة باب: المناديل: 213/6-214).

(5) انظر: الموطأ: (546/2)، التفريع: (355/2)، الكافي: (614).

(6) أخرجه ملم في النكاح باب: الأمر بإباحة الداعي إلى دعوة: (1054/2)

(7) وأن امتنع فلا بأس: سقطت من (م).

(8) سبق تخريج الحديث قريباً.

(9) ما بين قوسين سقط من (ق).

فصل [46. كراهية تسرع أهل الفضل في إجابة الدعوة إلى الطعام]

يكره في الجملة لأهل الفضل التسرع إلى إجابة الطعام والتسامح بذلك[1]؛ لأن فيه مذلة، ودناءة وإضاعة للتصاون وأخلاق ذوي الهيئة عند دماءة النفس ونسبة فاعله إلى الشره ودناءة النفس وجرأته عليه وانبساطه، وسيما إذا كان حاكماً أو ممن يتعلق به حقوق الناس واعتقاد منِّه عليه[2]، وقد قيل: ما وضع أحد يده في قصعة أحد إلا ذل له[3].

فصل [46. في عيادة المريض وشهود الجنازة]

عيادة المسلم أخاه إذا مرض مستحبة مندوب إليها[4] لقوله ﷺ: "من حق المسلم على المسلم ثلاث: فذكر ويعوده إذا مرض[5]"، وقوله ﷺ: "لا تقاطعوا ولا تدابروا"[6]، وروي: "إذا عاد الرجل المريض خاض الرحمة[7] فإذا قعد عنده قرت فيه"[8].

وشهادة جنازته آكد في الاستحباب: من عيادته[9] لقوله ﷺ :"ويشهد جنازته إذا مات"[10]، ولأنه إلى الدعاء له بعد الموت أحوج منه إليه حال الحياة.

---

(1) انظر: التفريع: (355/2)، الكافي: (614).
(2) عليه: سقطت من (ق).
(3) الذخيرة للقرافي: (345/13) ومواهب الجليل : (3/4)
(4) انظر: الموطأ: (946/2)، الرسالة: (267)، الكافي: (615).
(5) سبق تخريج الحديث.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) **خاض الرحمة:** شبه الرحمة بالماء في الخوض.
(8) أخرجه مالك في الموطأ: (946/2).
(9) انظر الرسالة: (167).
(10) سبق تخريج الحديث.

فصل [48. في تحريم الغيبة وما جاء في حفظ اللسان]

والغيبة[1] حرام[2] لقوله عز وجل: ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًاۚ أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَن يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾[3]، ولما روي من الآثار في منعها والنهي عنها، ولأن فيها مؤدى إلى العداوة والبغضاء وإفساد المودات وتولد الأحقاد، وذلك ضد المأمور به.

ويجب في الجملة لأهل الدين والعلم والفضل والورع حفظ ألسنتهم واستعمال الصمت والإقلال من الكلام إلا فيما لا بد منه وما تدعوا الحاجة إليه من دعاء أو قراءة أو درس أو تعليمه أو مصلحة حال الإنسان، فإن في الإكثار منه السقط والخطل والتعريض للزلل ولمثل ذلك مدح العلماء الصمت، وقال مالك رحمه الله: من عد كلامه من عمله[4] قل كلامه[5]، وروي أن عمر دخل على أبي بكر الصديق رضي الله عنهما وهو يجبذ بلسانه ويقول: هذا أوردني الموارد[6].

فصل [49. في منع الحرير والتختم بالذهب للرجال وإباحته للنساء]

لبس الحرير ممنوع للرجال مباح للنساء[7]، لقوله ﷺ: "الحرير محرم على ذكور أمتي"[8]، وقوله: "لباس من لا خلاق له"[9].

---

(1) **الغيبة:** وهو أن يذكر أخاه بما يكره من العيوب.
(2) انظر: الموطأ: (987/2)، الرسالة: (267)، الكافي: (613،615).
(3) سورة الحجرات، الآية: 12.
(4) في (م): من عمله.
(5) انظر: الموطأ: (911/2-912)، الرسالة: (272).
(6) أخرجه مالك في الموطأ: (988/2).
(7) انظر: الموطأ: (912/2)، التفريع: (351/2)، الرسالة: (272).
(8) أخرجه أبو داود اللباس باب: الحرير للنساء: (330/4)، وابن ماجه في اللباس باب: لبس الحرير...:(1189/2)، والنسائي في الزينة باب: تحريم الذهب على الرجل: (138/8) والترمذي لفى اللباس باب: في الحرير والذهب: (189/4) وقال حسن صحيح.
(9) أخرجه البخاري في الجمعة باب: يلبس أحسن ما يجد: 214/1) ومسلم في اللباس باب: استعمال إناء الذهب: (1639/3).

ويجوز للنساء، لأن الزينة مباح لهن، ولأن ذلك ينفعهن عند الأزواج، وكذلك التختم بالذهب ممنوع للرجل[1] لنهيه ﷺ عنه للرجال[2] ويجوز للنساء.

فصل [50. في جواز لبس الخز ويسير الحرير]

ويجوز لبس الخز[3]؛ لأنه ليس من الحرير وقد لبسه السلف[4]، وكرهه مالك لأجل السرف، وإن دعت ضرورة إلى لبس الحرير جاز، وقد رخص في اليسير منه كالعَلَم في الثوب وشبهه[5].

فصل [51. حكم التماثيل والصور]

ولا يجوز التماثيل في بناء أو لباس أو فراش إلا أن يكون رقما في ثوب[6]، والأصل فيه نهيه ﷺ عنه وتشديده وقوله :"إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه كلب ولا صورة"[7]، وقوله: "أشد الناس عذاباً يوم القيامة المصورون"[8]، وقوله: "إن أصحاب هذه الصور يقال لهم يوم القيامة أحيوا ما خلقتم"[9]، وقوله لعائشة رضي الله عنها :"لم تزل الملائكة تدفعني في القرام الذي نصبتيه"[10].

---

(1) انظر: الموطأ: (912/2)، التفريع: (351/2)، الرسالة: (272).

(2) أخرجه البخاري في اللباس باب: خواتيم الذهب: 50/7)، ومسلم في اللباس باب: في تحريم خاتم الذهب: 1654/30.

(3) **الخز:** اسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من دبرها (المصباح المنير:168).

(4) فقد روى مالك عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها كست عبد الله بن الزبير مطرف خز كانت عائشة تلبسه (الموطأ: 912/2).

(5) انظر: الموطأ (912/2)، الرسالة: (351/2)، الرسالة: (272).

(6) انظر: التفريع: (352/2)، الرسالة: (270).

(7) أخرجه البخاري في البيوع باب: التجارة فيما يكره لبسه للرجال والمساء: (16/2)، ومسلم في اللباس والزينة باب: لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة: (1619/3).

(8) أخرجه مسلم في اللباس والزينة بابك تحريم تصوير صورة الحيوان: (1667/3).

(9) هو جزء من الحديث الذي قبل هذا.

(10) أخرجه البخاري في الصلاة باب: إذا صلى في ثوب مصلب أو تصاوير: (99/1) بلفظ اميطي عنا قرامك هذا فإنه لا تزال تصاوير تعرض في صلاتي...".

فصل [52. في كون التختم في اليسار]

والاختيار التختم في اليسار؛ لأن ذلك هو المروي عن النبي ﷺ[1] والسلف الأكثر منهم، ولأن خلافه قد صار كالشعار للمبتدعة، علّل بعض أصحابنا بأن المتناول باليمين ليوضع الشمال.

فصل [53. ما يكره للنساء لبسه من الثياب]

يكره أن يلبس النساء من الرقيق ما يبين منه أبدانهن[2]؛ لأن ذلك من التبرج وإبداء الزينة المنهي عنها، وفي ذلك قال النبي ﷺ "كاسيات في الدنيا عاريات يوم القيامة لا يدخلن الجنة ولا يجدن ريحها"[3]، وروي أن حفصة بنت عبد الرحمن دخلت على عائشة وعليها خمار رقيق فشقته عائشة رضي الله عنها وكَسَتها خماراً كثيفاً[4].

فصل [54. في عدم جواز جر الثوب بطراً أوخيلاء]

ولا يجوز لأحد أن يجر ثوبه بطراً ولا خيلاء[5] لقوله ﷺ: "لا ينظر الله يوم القيامة إلى من يجر إزاره بطراً"، وروي "خيلاء"[6].

ويستحب تقصير الثياب إرادة التواضع ولينفي عن الرجل الخيلاء في المشية واللبسة المتوعد عليها[7]، وفي الحديث: "بينما رجل ممن كان قبلكم يتبختر في حلة فأمر الله عز وجل الأرض أن تبلعه فهو يتجلجل فيها إلى

---

(1) فقد روي عن أنس أنه قال كان خاتم النبي ﷺ في هذا وأشار إلى الخنصر اليسري، أخرجه مسلم في اللباس باب: في لبس خاتم في الخنصر من اليد: (1659/3).

(2) انظر الموطأ: (913/2)، التفريع: (353/2)، الرسالة: (270).

(3) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب النساء الكاسيات العاريات: 168/3.

(4) أخرجه مالك في الموطأ: (913/2).

(5) **البطر:** هو الطغيان وتجاوز الحد، والخيلاء هي الحركة وتلون وكبر وعجب (معجم مقاييس اللغة: (235/1،262).

(6) أخرجه البخاري في اللباس باب: من جر ثوبه من الخيلاء، ومسلم في اللباس باب: تحريم جر الثوب خيلاء.

(7) انظر الموطأ: (914/2)، التفريع: (353/2)، الرسالة: (270).

يوم القيامة"[1]، وقال ﷺ:"إزرة المؤمن إلى أنصاف ساقيه لا جناح عليه فيما بينه وبين الكعبين فما زاد ففي النار"[2].

وهذا للرجال فأما للنساء فلهن الزيادة على ذلك نحو الشبر، وما زاد عليه إلى الذراع لما روي أن أم سلمة قالت فكيف بالنساء يا رسول الله ﷺ قال: "يرخين شبراً" قالت: إذاً تبدوا أسواقهن وأقدامهن قال: "فذراع ولا يزدن عليه"[3].

فصل [55. في النهي من اشتمال الصماء]

اشتمال الصماء[4] على غير ثوب منهي عنه، وعلى ثوب مختلف أصحابنا فيه، والاحتباء على غير ثوب منهي عنه أيضا[5]، والأصل فيه ما روي" أنه ﷺ نهى عن لبستين: اشتمال الصماء وأن يحتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء"[6].

ووجه الجواز إذا كان على الثوب أن المنع من ذلك خيفة انكشاف العورة فإذا أمن هذا جاز، ووجه المنع عموم النهي؛ لأن المنع من ذلك لصفة اللبسة وذلك موجود وإن كانت من وراء ثوب.

---

(1) أخرجه بهذا اللفظ أحمد: (494/2)، وفي مسلم بلفظ قريب منه: في اللباس باب: تحريم التبختير في المشي: (1654/3).

(2) أخرجه أبو داود في اللباس باب: في قدر موضع الإزر: (353/4)، وابن ماجه واللباس باب: موضع الازر أين هو: (1183/2)، ومالك (914/2).

(3) أخرجه أبو داود في اللباس باب: في قدر الذيل: (365/4)، والنسائي في الزينة باب: ديول النساء: (9184/8، مالك: 915/20.

(4) **اشتمل الصماء :** هي أن يشتمل الرجل بالثوب الواحد على أحد شقيه فيبدو أحد شقيه ليس عليه ثوب وسميت صماء لأن يده حينئذ تصير داخل ثوبه فإن أصابه شيء يريد الاحتراس منه والاتقاء بيديه تعذر عليه وإن أخرجها من تحت الثوب انكشفت عورته (انظر الفواكه الدواني: 38/2).

(5) انظر: الموطأ: (917/2)، التفريع: (353/2)، الرسالة: (271).

(6) أخرجه البخاري في اللباس باب: الاحتباء في ثوب واحد (42/7).

فصل [56. في أحكام جملة أقسام اللباس]

جملة أقسام اللباس خمسة متعلقها[1]: واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومباح وهذه الأحكام تثبت على وجهين: أحدهما على وجه العموم[2]، والأخرى على وجه الخصوص ثم متعلقها وجهان[3]، وثبوت هذه الأحكام لها ضربان: راجع إلى حق الله عز وجل وراجع إلى حق الإنسان ونحن نبين جملة ذلك[4].

أما الواجب فما يستر العورة عن أعين الناس[5] وهذا القسم عام غير خاص وهو الراجع إلى حق الله تعالى، وأما الراجع منه إلى حق الإنسان فما يقي من الحر والبرد ويستدفع به الضرر في الحروب وما أشبه ذلك، ولسنا نريد أنه يرجع إلى حق المخلوق أنه يجوز له تركه لأنه لو كان كذلك[6] لم نصفه بأنه واجب وإنما نريد أنه يجب لأجل المخلوق لا لعبادة هو شرطٌ في صحتها وهذا أيضا عام غير خاص.

فأما المندوب على التقسيم الذي ذكرناه فما هو لحق الله كالرداء في الجماعة وأن لا يعرى منكبيه من شيء والثيات الجميلة في الأعياد وما في معنى ذلك، والراجع إلى حقوق المخلوقين ما يتجملون به بينهم وما لا يزدرى بصاحبه ولا ينقص من مروءته وهذا من حقوق الآدميين وهو عام في الندب.

فأما المحظور: فعلى ضربين عام وخاص:

---

(1) متعلقها: سقطت من (م).
(2) في (م): على وجه المنط ظ وهو خطأ.
(3) في (م): وجهات.
(4) انظر الموطأ: (91/2)، التفريع: (353/2)، الرسالة: (271).
(5) في (م): المخلوقين.
(6) في ق له ذلك.

فالعام منه ضربان: راجع إلى نوع الملبوس وراجع إلى صفة اللبس، والأول منه السرف الزائد على القدر المأذون فيه، المخرج صاحبه إلى الخيلاء والبطر، والثاني منه اشتمال الصماء والحبوة على غير ثوب وهذا عام في كل لابس وخصوصه في الصفة مختلف فيه: أعني إذا اشتمل الصماء من فوق ثوب وهذا يستر العورة..

صفة اشتمال الصماء: أن يلتحف بالثوب ويرفعه على أحد جانبيه فلا يكون ليده موضع يخرج منه ولذلك سمي الصماء..

والاحتباء مذهب العرب وصفته: أن يجلس ويضع ركبتيه (ويدير ثوبه من وراء ظهره إلى أن يبلغ به ركبته)[1] ويشده حتى يكون كالمعتمد عليه والمستند إليه، وهذا إذا كان تحته الثوب يستر العورة فهو داخل في قسم المباح، وإن كان على غير ثوب فهو محظور لأدائه إلى كشف العورة ..ومنه التلثم وتغطية الأنف في الصلاة وقد ذكرناه..

وأما الخاص بالحرير وتحريمه للذكور دون الإناث وليس من هذا الباب: الثوب النجس[2]؛ لأن ذلك لا يرجع إلى اللبس، وإنما يرجع إلى حمل النجاسة بدليل منعه لبس الثوب الذي فيه نجاسة على حد منعه أن يستعملها في بدنه وليس ذلك بلبس، ومنه التختم بالذهب إن عد لبسا ومنه لبس المخيط في الإحرام، وكل هذا القسم يرجع إلى حق الله ولعل فيه ما يرجع إلى حق الآدميين والظاهر الأول.

وأما المكروه : فنقيض المندوب إليه فيغنينا عن التفصيل، ومنه في الجملة ما خالف زي العرب وأشبه زي الأعاجم وعاداتهم كالتعميم بغير تحنيك،

---

(1) ما بين قوسين سقط من (ق).

(2) في (م): الذي فيه نجاسه.

وقد روي: "تلك عمامة الشيطان"[1]، وترك التردي وما أشبه ذلك؛ لأن سنة العرب ومذاهبها هي سنة النبي ﷺ ومذهبه إلا قدر ما نهي عنه.

وأما المباح: فما يرجع إلى نوع الملبوس كالقطن والكتان والصوف، وإلى صفته كالقميص والمناديل والعمائم وثياب النساء، ومنه راجع إلى صفة اللبس كالرداء والاحتباء والسدل وهو أن يطرح رداءه على منكبيه ويبقى وسطه على رأسه أو ظهره، وقد يكون عاما وقد يكون خاصا على ما بيناه، وقد نبهنا بقدر ما ذكرناه على ما أغفلناه.

فصل [57. في دخول الحمام]

دخول الحمام جائز للرجال إذا كان بمئازر ولا يجوز للنساء إلا من علة إما من مرض لا يصلحه إلا الحمام أو الحاجة إلى الاغتسال لحيض أو نفاس لشدة البرد وتعذر إسخان الماء في غيره وما أشبه ذلك[2].

وإنما فرقنا بين الرجل والمرأة في ذلك لقوله ﷺ:"الحمام بيت لا يستر فيه لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يدخله إلا بمئزر، ولا امرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تدخله إلا من علة"[3]، وروي أن نسوة من أهل حمص دخلن على عائشة رضي الله عنها فقالت لعلكن من النساء اللاتي يدخلن الحمامات قلن: إنا لنفعل ذلك فقالت أما إني سمعت رسول الله ﷺ يقول:" أيما امرأة نزعت ثيابها في غير بيت زوجها فقد هتكت ما بينها ما بين الله عزَّ وجل[4]، وقال بعض متأخري أصحابنا: إن هذا النهي إنما كان في

(1) لم أعثر عليه.
(2) انظر: التفريع: (356/2)، الرسالة: (271)، الكافي: (611).
(3) أخرجه الترمذي في الأدب باب: ما جاء في دخول الحمام: (104/5)، وقال هذا حديث حسن غريب ونص الحديث: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام بغير أزار ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام..." وليس فيه "...ولا من علة".
(4) أخرجه أبو داود في الحمام في أوله: (301/4)، وابن ماجه في الأدب باب: دخول الحمام (12334/2)، والترمذي في الأدب باب: ما جاء في دخول الحمام: (105/5) وقال هذا حديث حسن.

الوقت الذي لم يكن للنساء مفرداً، فأما اليوم فقد زال ذلك فيجب أن يجوز.

فصل [58. في منع وصل الشعر والوشم]

ووصل الشعر والوشم ممنوع منه[1]، لقوله ﷺ: "لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة"، والمعنى في ذلك أن فيه غروراً وتدليساً.

فصل [59. في الخضاب]

والخضاب[2] جائز وتركه واسع إلا بالسواد فإنه يكره[3].

وإنما قلنا: إنه جائز، لأن رسول الله ﷺ كان يخضب بالحناء والكتم[4]، وروي عن أبي بكر وعمر عثمان رضي الله عنهم[5]، وقال مالك[6]: كان رسول الله ﷺ لا يخضب[7]، قال: يدل على ذلك أن عائشة رضي الله عنها سئلت وقالت: كان أبو بكر يخضب[8]، فلو كان رسول يخضب لذكرته، لأنه لا يجوز أن يخفى ذلك عليها.

وإنما كره السواد لأن ذلك تدليسا على النساء، وإيهاما أنه خلقة، وأنه باق على الشباب: فتدخل المرأة على ذلك ولو عرفت أنه خضاب لم تدخل عليه.

---

(1) انظر الرسالة:(270).
(2) أخرجه البخاري في الناس، باب: الموصولة: (63/7)، ومسلم في اللباس باب: تحريم فعل الواصلة والمستوصلة: (1677/3).
(3) الخضاب: الحناء.
(4) انظر: الموطأ: (949/2)، التفريع: (353/2)، الرسالة: (272).
(5) أخرجه أحمد: (163/4)، وقال الهيثمي: رواه البزار وفيه يحي بن أبي كثير أبو النفير وهو ضعيف جدا (مجمع الزوائد: 163/5)، والكتم: نبت فيه حمرة يخلط مع الوسمة للخضاب الأسود (الصحابي: 2019/5).
(6) انظر: الموطأ: (950/2)، وابن أبي شيبة: (433/8).
(7) في ق: وقالوا.
(8) الموطأ: (90/2).

فصل [60. في تحريم خلوة الرجل بالمرأة]

ولا يخلو رجل بامرأة ليست منه بمحرم للنهي عن ذلك[1]، وقوله ﷺ:"إن الشيطان ثالثهما"[2]، وفائدته: أن الشيطان يدعوه إلى المعصية مع الخلوة، وإذا كان معها غيره راقبهن، وخاف أن يطلع عليه، أو لا يحدث نفسه بذلك فيكون على أصل[3] خشية الله من مواقعة المعصية لا رهبة من الخلق.

فصل [61. نوم الاثنين في لحاف واحد]

ولا يجتمع رجلان ولا امرأتان متعريين في لحاف أو إزار واحد[4] للنهي عن ذلك[5]، ولأن كل واحد يرى عورة صاحبه.

فصل [62. في غض البصر]

يجوز النظر إلى المتجالة، ويكره إلى الشابة إلا لعذر من شهادة أو علاج أو غير ذلك[6]، لأن الشابة لا تؤمن الفتنة بها والتلذذ بالنظر إليها، والمتجالة قد زال منها هذا المعنى، وقد قال الله تعالى: ﴿ **وَٱلۡقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا يَرۡجُونَ نِكَاحٗا فَلَيۡسَ عَلَيۡهِنَّ جُنَاحٌ أَن يَضَعۡنَ ثِيَابَهُنَّ غَيۡرَ مُتَبَرِّجَٰتِۢ بِزِينَةٖ** ﴾[7] الآية.

ويجوز النظر إلى الشابة عند الخطبة لإباحته ﷺ ذلك وقوله: "فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"[8]، ولا يجوز أن يطلع[9] منها على مُحرَّم؛ لأن ذلك لا يجوز إلا بالعقد المبيح له.

---

(1) انظر التفريع: (354/2)، الرسالة: (269-270)، الكافي: (612).
(2) أخرجه أحمد: (339/3)، عن جابر مرفوعاً، وعن ابن عباس معناه متفق عليه (إرواء الغليل: 215/6).
(3) في (م): أفضل.
(4) انظر: التفريع: (356/2)، الرسالة: (271)، الكافي: (611).
(5) في قوله ﷺ "لا يفضي الرجل إلى الرجل في الثوب الواحد، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد" أخرجه مسلم يف الحائض باب: تحريم النظر إلى العورات: 266/0).
(6) انظر التفريع: (350/2)، الرسالة: 269-270)، الكافي: (611).
(7) سورة النور الآية: (60).
(8) أخرجه ابن ماجه في النكاح، باب: النظر إلى المرأة: (599/1)، والحاكم: (165/2)، وصححه.
(9) في ق: أن ينضم

فصل [63. أكل المرأة مع عبدها أو خادمها]

ويجوز أن تأكل المرأة مع الوغد[1] من عبيدها الذي يؤمن منه التلذذ بها وأن يرى شعرها، ولا يجوز ذلك مع الشاب الذي ربما حدثته نفسه بمحرم منها أو المرغوب فيه لنظافته[2].

فصل [64. في حضور اللهو واللعب والملاهي]

لا يجوز تعمد حضور اللهو واللعب ولا شيء من الملاهي المطربة كالطبل والزمر وما في معناه، وقد رخص من ذلك فيما يستعمل في النكاح من الدف والكبر[3]:

والأصل في منعه قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا سَمِعُواْ ٱللَّغْوَ أَعْرَضُواْ عَنْهُ ﴾[4]، ولأن ذلك من المنكر المنهي عنه المتوعد عليه، لأن فيه ما يدعوا إلى المعاصي والآثام ويُحسِّن شرب الخمر وذلك ممنوع، وربما أدى إلى هتك المروءة وزوال التصاون.

فصل [65. النهي عن قراءة القرآن بالألحان المطربة]

ولا يجوز قراءة القرآن بالألحان المطربة والمشبهة بالأغاني إعظاما له وتنزيهاً عن الأغاني والمناكير[5]، ولأن ثمرة قراءته الخشية الله وتجديد التوبة عند سماع مواعظه والاعتبار ببراهينه وقصصه وأمثاله والشوق إلى موعوده وذلك ينافي تلحينه واعتقاد الاطراب بطيب[6] سماعه..

وينبغي تقسيم قراءته إلى تفخيم وإعظام فيما يليق بذلك منه، وإلى تحرير وترقيق على حساب المواعظ المقرؤة منه والحال المقرءة فيها، وقد نبه الله

---

(1) الوغد: يطلق على العبد الذي ليس له منظر وكان قبيح الصورة (الكافي: 613)والمصباح المنير: 666).
(2) انظر التفريع: (350/3)، الكافي: (612).
(3) انظر الرسالة: 280.
(4) سورة القصص، الآية: 55.
(5) انظر: الرسالة: 280.
(6) في (م): يطبه.

تعالى على ما ذكره من تقسيم وصفتها بقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ ٱلَّذِينَ إِذَا ذُكِرَ ٱللَّهُ وَجِلَتْ قُلُوبُهُمْ وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتُهُۥ زَادَتْهُمْ إِيمَٰنًا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ أَفَلَا يَتَدَبَّرُونَ ٱلْقُرْءَانَ أَمْ عَلَىٰ قُلُوبٍ أَقْفَالُهَآ ۝٢٤ ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿ لِّيَدَّبَّرُوٓاْ ءَايَٰتِهِۦ ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا سَمِعُواْ مَآ أُنزِلَ إِلَى ٱلرَّسُولِ تَرَىٰٓ أَعْيُنَهُمْ تَفِيضُ مِنَ ٱلدَّمْعِ ﴾[4]، لأن الألحان إذا كرهت في الشعر كانت في القرآن أولى.

فصل [66. النهي عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو]

لا يسافر بالقرآن إلى أرض العدو[5] ومخافة أن ينالوه[6]، وللنهي الوارد في ذلك استخفافاً بحرمته وضد ما أمر به من تعظيمه وإكرامه، ويجوز أن يكتب إليهم بالآية والآيتين إذا كان الغرض بذلك الدعاء إلى الإسلام لما روي أنه ﷺ كتب إليهم بسم الله الرحمن الرحيم ﴿ قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْاْ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ ﴾[7][8].

فصل [67. التعوذ بالقرآن وبأسماء الله تعالى]

التعوذ بالقرآن وبأسماء الله تعالى جائز[9] لقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيْطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴾[10]، وقوله تعالى: ﴿ قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ ٱلْفَلَقِ ﴾[11] ﴿ قُلْ أَعُوذُ بِرَبِّ ٱلنَّاسِ ﴾[12] وإخباره تعالى عن أنبيائه

---

(1) سورة الانفال، الآية 2.
(2) سورة محمد، الآية: 29.
(3) سورة ص، الآية 29.
(4) سورة المائدة: 73.
(5) أنظر: الموطأ: (446/2)، التفريع: (352/2).
(6) قاله مالك في موطئه.
(7) سورة آل عمران الآية 64 .
(8) أخرجه البخاري في بابك كيف كان يدعي الوصي إلى رسول الله ﷺ: (2/1)، ومسلم في الجهاد باب: كتب النبي ﷺ إلى هرقل: (97/2).
(9) انظر: الموطأ: (942/2)، التفريعّ: (357/2)، الرسالة: (282).
(10) سورة النحل، الآية: 98.
(11 الفلق، الآية: 1.
(12) سورة الناس، الآية: 1.

وصالحي عباده أنهم تعوذوا به، وروي أنه ﷺ كان إذا اشتكى قرأ على نفسه بالمعوذات وينفث[1]..

وكان من تعوذه "أعوذ بوجه الله الكريم وبكلمات الله التامات من شر ما خلق وما ذرأ وما برأ ومن شر كل دابة ربي آخذ بناصيتها وإن ربي على صراط مستقيم"[2].

ومنه ما علّمه عثمان بن أبي العاص[3]: "أعوذ بعزة الله وقدرته من شر ما أجده"[4]، وفيه أخبار كثيرة..

فصل [68. في الرقية]

والرقية[5]، جائزة بالقرآن وبأسماء الله تعالى[6] لقوله جل ذكره: ﴿ وَنُنَزِّلُ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ مَا هُوَ شِفَآءٌ وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ ﴾[7] وقوله تعالى: ﴿وَهَٰذَا كِتَٰبٌ أَنزَلْنَٰهُ مُبَارَكٌ ﴾[8] وقوله ﷺ: "استرقوا لهما فإنه لو سبق القدر شيء لسبقت العين"[9].

---

(1) أخرجه البخاري في الفضائل القرآن بابك فضل المعوذات: (105/6)، ومسلم في السلام باب: رقية المريض بالمعوذات: (1723/4).

(2) أخرجه الطبراني في الصغير، وقال الهيثمي: وفيهن من لم أعرفه (مجمع الزوائد: (130/10-131)، وأخرجه مسلم في الذكر والدعاء باب: التعوذ : (2080/4) جزء منه وهو (أعوذ بكلمات الله التامات من شر ما خلق) فقط.

(3) **عثمان بن أبى العاص:** الثقفي الطائفي، أبو عبد الله، صحابي مشهور، واستعمله النبيﷺ على الطائف ومات في خلافة معاوية بالبصرة (تقريب التذهيب: (384).

(4) أخرجه أبو داود في الطب باب: كيف الرقى: (218/4)، الترمذي في الطب باب: حدثنا إسحق بن موسى: (356/4)، وقال حسن صحيح، ومالك: (942/2)، وأخرجه مسلم في باب: استحباب: وضع يده على موضع الألم: (1728/4)، بلفظ (أعوذ بالله وقدرته من شر ما أجد وأحاذر).

(5) الرقية: هي العوذة ، وأصلها الرقية بما فيه أعوذ ، ويكون بقراءة شيء من القرآن والمعوذات والأدعية المأثورة .

(6) انظر: الموطأ: (942/2)، التفريع: (377/2)، الرسالة: (282).

(7) سورة الإسراء: 82.

(8) سورة الأنعام الآية: 92.

(9) أخرجه ابن ماجه في الطب من استرقى من العين: (1160/2)، الترمذي في الطب باب: ما جاء في الرقية من العين: (346/4)، ومالك: (940/2)،وهو معضل.

فصل [69. في العين]

من عيَّن إنساناً توضأ له العائن، وصفة ذلك: أن يغسل وجهه ويديه ومرفقيه وركبتيه وأطراف رجليه وداخل إزاره في إناء ثم يصبه على المريض[1] لورود الخبر بذلك في حديث عامر بن ربيعة[2] لما مرَّ بسهيل بن حنيف[3] فعيَّن سهلا، فأمره النبي ﷺ أن يتوضأ له على هذه الصفة بعد أن تغيظ، وقال: علام يقتل أحدكم أخاه[4].

فصل [70. الرقية من العقرب وفي رقية الذمي]

والرقية جائزة من العقرب؛ لأنه مما يؤذى شر الإيذاء[5] وروي أنه ﷺ "أرخص في الرقية من كل ذى حمى"[6]، ويجوز رقية الذمى إذا كانت بكتاب الله، لما روي أنه ﷺ دخل على عائشة وعندها يهودية ترقيها فقال: "بكتاب الله فارقي"[7].

فصل [71. الكى من اللَّقوة]

والكى من اللَّقوة[8]، وسائر ما يحتاج إليه ويصلح[9] به، لأنه على علاج العرب، وقد اكتوى جماعة من الصحابة[10]، والتعالج والتداوي للمريض جائز: بالحجامة والكي وشرب الدواء وقطع العرق وكل ما فيه رجاء لصلاح البدن وزوال المرض إلا أن يكون شرب خمر أو استعمال نجس أو أمر ممنوع.

---

(1) انظر: الموطأ: (938/2)، التفريع: (357/2)، الرسالة: (284،2823).

(2) **عامر بن ربيعة**: ابن كعب بن مالك العنزى، حليف آل الخطاب، صحابي مشهور، أسلم قديما وهاجر وشهد بدرا مات ليالى قتا عثمان (تقريب التهذيب: (287).

(3) **سهل بن حنيف** بن واهب الأنصاري الأوسى، صحابي من أهل بدر، استخلفه على البصرة ومات في خلافته (تقريب التهذيب: (257).

(4) أخرجه البخاري في الطب باب: العين حق: (23/7)، ومسلم في السلام باب: الطب والمرضى: (718/4).

(5) انظر: الموطأ: (944/2،942)، التفريع: (357/2)، الرسالة: (282).

(6) أخرجه مسلم في السلام باب: استحباب الرقية من العين والنخلة والحمى والنظرة بلفظ "أن رسول الله ﷺ رخص في الرقية من الحمة والعين والنملة": (1725/4).

(7) الثابت أن أبا بكر هو الذي دخل على عائشة (الموطأ: (943/2).

(8) **اللقوة:** داء يصيب الوجه (الصحاح: (2485/6).

(9) انظر:الموطأ: (944/2)، التفريع:(358/2)، الرسالة: (282).

(10) مما جاء في الموطأ: (944/2)، أن عبد الله بن عمر اكتوى من اللقوة ورقى من العقرب.

والأصل فيه أن النبي ﷺ تداوى واحتجم وشاور الطبيب، وقال لطبيبين: "أيكما أطب" ، قالوا يا رسول الله: وهل في الطب من خير؟ قال: "إن الذي أنزل الداء أنزل الدواء"[1]، وقيل لعائشة رضي الله عنها من أين لك العلم بالطب؟ فقالت: إن العِلَل كانت تعتاد رسول الله ﷺ كثيراً وكان يشاور الطبيب وكنت أسمع ما يقول له[2]..

فأما شرب الخمر وغيرهما من النجاسات للتداوي فغير جائز لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلرُّجْزَ فَٱهْجُرْ﴾[3]، وقوله ﷺ: "ما جعل الله شفاء أمتي فيما حرِّم عليها"[4].

فصل [72. في تحريم اللعب بالنرد والشطرنج]

لا يجوز اللعب بالنرد ولا بالشطرنج[5]؛ لأنها تلهي عن العبادات وتشغل عن ذكر الله، وتؤدي محبتها[6] والإدمان عليها إلى القِسام والحلف كاذبا وترك الصلوات وذلك فسوق، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: "من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله"[7]، فأما إن كان شيئاً خفيفاً لا يستعمل معه بعض ما ذكرناه جاز؛ لأنه خفيف.

(1) أخرجه مالك في موطئه مرسلا: (944/2) لكن الشواهد كثيرة صحيحة مثبتة كما جاء في الصحيحين في البخاري في الطب باب: ما أنزل الله داء: (11/7)، ومسلم في السلام باب: لكل داء دواء: (1729/4).
(2) لم أعثر على تخريج لهذا الأثر.
(3) سورة المدثر الآية: 5.
(4) أخرجه البزار وأبو يعلى ورجال أبى يعلى رجال الصحيح خلا سحان بن مخارق وقد وثقه ابن حبان (مجمع الزوائد: (89/5).
(5) انظر: التفريع: (354/2)، الرسالة: (286).
(6) في (ق): صحبتها.
(7) أخرجه أبو داود في الأدب باب: النهي عن اللعب بالنرد: (230/5)، وابن ماجة في الأدب باب: اللعب بالنرد: (1237/2)، ومالك: (958/2)، الحاكم: (50/1) وقال صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي.

فصل [73. مطالبة حية البيت بالخروج قبل قتلها]

من رأى من الحيات شيئاً في منزله فليؤذنه ثلاثة أيام فإن بدى له بعد ذلك فليقتله، وأما في الصحاري وما عدى البيوت فليقتله من غير إيذان[1]:

والأصل فيه قوله ﷺ "من ترآى له شيء من الحيات في البيوت فليؤذنه ثلاثاً فإن بدى له بعد ذلك فليقتله"[2]، وروى سالم[3] عن ابن عمر قال بينما أنا يوماً أطارد حية من دواب البيوت أبصر ذلك زيد بن الخطاب[4] وأبو لبابة فقالا: مه يا عبد الله فقلت إن رسول الله ﷺ يقتلها فقالا: قد نهى عن ذوات البيوت[5]..

وفي حديث أبي سعيد قال: كان فتى منا حديث عهد، بعرس دخل منزله فوجد حية منطوية[6] على فراشه فركز فيها رمحه فانتضمها فاضطربت الحية في رأس الرمح وخر الفتى صريعا فما يدري أيهما كان أسرع موتا الفتى أم الحية، فقال رسول الله ﷺ: "استغفروا لصاحبكم"، ثم قال: "إن بالمدينة جنًّا قد أسلموا فإذا رأيتم ذلك فأذنوه ثلاثة أيام فإن بدى لكم بعد ذلك فاقتلوه فإنما هو شيطان"[7]..

فأما في الصحاري والأودية فلا بأس بقتلها لعموم قوله ﷺ:"خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم فذكر: الحية والعقرب"[8]، وقال ﷺ: "ما سلمناهن منذ

---

(1) انظر: الموطأ: (975/2)، الرسالة: (287).
(2) شاهده حديث مسلم في السلام، باب: قتل الحيات وغيرها: (1756/4)، ولفظه قريبا جدا منه.
(3) **سالم:** بن عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي، المدنين أوب عمر عبد الله أحد الفقهاء السبعة ت 106 هـ (تقريب التهيب: 226).
(4) **زيد بن الخطاب:** ابن نفيل العدوى أخو عمر كان قديم الإسلام، شهذ بدراً واستشهد باليمامة سنة اثنى عشرة (تقريب التهذيب: (223).
(5) أخرجه مال: (975/2)/، ومسلم في السلام باب: قتل الحيات وغيرها: (1753/4).
(6) في (ق): مطوبة.
(7) أخرجه مسلم في السلام باب: قتل الحيات وغيرها: (1756/4).
(8) أخرجه مسلم في المناسك باب: ما يندب للحرم وغيره من الواب: (856/2).

حاربهن فمن تركهن مخافة شر فليس منا"[1]، وروي أنه ﷺ: "رخص في قتل الحية والعقرب في الصلاة"[2].

فصل [74. في جواز قتل الوزغ وكراهية قتل النمل والضفادع]

يجوز قتل الوزغ[3] لما نهي عنه، وأنه ﷺ أمر به وسمّاه فويسقاء[4]، ويكره قتل النمل إلا من أذية شديدة؛ لأنه نهى ﷺ عن قتلها[5] ، فأما إذا آذته فله قتلها؛ لأن له إزالة ما يؤذيه من الهوام بالقتل.

ويكره ذلك بالنار في النمل والقمل للتعذيب، وروي: "لا يعذب بالنار إلا رب النار"[6]، ويكره قتل الضفادع للنهي عنه، ولأنه لا أذية فيه[7].

فصل [75. في سفر المرأة من غير محرم]

لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم[8] لنهيه ﷺ أن تسافر المرأة يوماً وليلةً إلا مع ذي محرم[9]، ولأنه لا يؤمن عليها الفاحشة ولهذا أسقط عنها التغريب في حد الزنا، وهو فيما عدى سفر الفرض من الحج والخروج من أرض العدو وقد بيّناه فيما تقدم.

---

(1) أخرجه أبو داود في الأدب باب: في قتل الحيات: (409/5)، وابن حبان في صحيحه (مسالك الدلالة: 435).

(2) أخرجه العقيلي في الضعفاء الكبير: (109/1)، فيه أيوب بن عتبة متروك الحديث.

(3) **الوزغ:** حية سامة وأبرص (انظر الصحاح: (1328/4)، غرر المقاله: (288).

(4) سبق تخريج الحديث قريباً.

(5) خرجه ابو داود في الأدب في باب: قتل النمل: (418/5)، وابن ماجه في الصيد بابك ما ينهى عن قتله: (1074/2) وفي إسناده إبراهيم بن الفضل المخزوني وهو ضعيف، وصححه ابن حبان.

(6) أخرجه البزار في مسنده وسكت عنه (انظر: نصب الراية: (408/3).

(7) انظر: الرسالة: (287-288).

(8) انظر الموطأ: (978/2)، التفريع: (354/2)، الرسالة: (281)، الكافي: (611).

(9) أخرجه البخاري في الحج باب: حج النساء: (219/2)، ومسلم في الحج باب: سفر المرأة مع محرم: (975/2).

فصل [76. اتخاذ الأجراس والأوتار في أعناق الجمل]

يكره للمسافرين من اتخاذ الأجراس في أعناق الجمل والركاب[1] لما روي أن رفقة من مصر أقبلت وفيها جرس فأمر النبي بقطعة وقال:"إن الملائكة لا تصحب رفقة فيها جرس"[2]، وكذلك تقليد الأوتار منهي عنه لما لا يؤمن منهم أن يؤدين إلى جناية[3].

فصل [77. تنزيه المساجد من التشاغل بالصنائع ومن سائر الأوساخ]

يكره قتل القمل[4] في المساجد، والتشاغل فيها بالصنائع كالخياطة والخرازة وغيرها، ويستحب تنزيهها من من تقليم الأظافر وسائر الأوساخ[5]:

والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ وَأَنَّ ٱلْمَسَـٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُواْ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا ﴿١٨﴾ ﴾[6]، وهذه الإضافة تقتضي تعظيمها وإفرادها عما يكون للمخلوقين، وقال جل ذكـــره ﴿ فِى بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ يُسَبِّحُ لَهُۥ فِيهَا بِٱلْغُدُوِّ وَٱلْآصَالِ ﴿٣٦﴾ رِجَالٌ ﴾[7] فأخبر عما وضعت له، فوجب ألا يعمل فيها غيره، ولأنها إذا دخلها الأعمال والبيع والشراء كانت كالأسواق وزال تعظيمها ودخلها الغش والكذب ودخول اليهودي والنصراني وابتذلت ودخلها الكلام والقر والسقط وقول الهجو، وما يذم الجلوس في الأسواق لأجله وذلك يبطل الفرق بينها وبين الأسواق لقوله ﷺ: "خير البقاع المساجد وشرها الأسواق"[8]،..

---

(1) انظر التفريع: (356/2)، الكافي: (615).

(2) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب: كراهية الكلب والجرس في السفر: (1672/3).

(3) لأنه يوقظ الهوام ويسمع قطاه الطريق فيقبلون إليهم كبلاد العرب، فأما إذا كان معهم جمع كبير كمسيرة أهل مصر فلا بأس؛ لأن القطاع إذا سمعوا ذلك هربوا (انظر حاشية كتاب التفريغ: (356/2).

(4) في (م): كثرة العمل.

(5) انظر الرسالة: (280).

(6) سورة الجن الآية: 18.

(7) سورة النور الآية: 36.

(8) أخرجه الحاكم: (9/1)، (8/2)، وأخرجه الطبراني في الكبير وفيه بكار بن تميم، وقال في الميزان مجهول (مجمع الزوائد: (9/2).

وأما تنزيهها عن الأقذار والأوساخ فلقوله ﷺ: "جنِّبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم"[1]، وعلة ذلك ما لا يؤمن أن تكون منهم من البول والأقذار، ولأنه إذا منع فيها من أعمال الصنائع والمعايش كان ما ذكرناه أولى.

فصل [78. في خصاء الغنم والخيل والإبل]

يجوز خصاء الغنم بخلاف الخيل[2] والإبل[3] لما روي أنه ﷺ أنه نهى عن خصاء الجمل[4]، وروي أنه ضحى بكبشين أملحين موجئين[5] ولم ينكر ذلك، ولأن الغنم تراد للأكل فليس في خصائها ما يمنع ذلك بل فيه صلاحٌ للحومها وترطيب لها، والخيل تراد للركوب والجهاد[6] وذلك ينقص قوتها ويقلّ نسلها فلذاك كره.

فصل [79. في واسم البهائم]

وتكره السمة[7] في الوجوه ولا تكره في غيره[8]، لأنه ﷺ نهى عن السمة في الوجه وأرخص فيها في الأذن[9]، وروي أنه مر به ﷺ حمار قد كوي وجهه فعاب ذلك[10]، ويجوز في غيره؛ لأن بالناس حاجة إلى علامات يعرفون بها بهائمهم فجاز في الوضع الذي لا يعود بالضرر.

---

(1) أخرجه ابن ماجه في المساجد الجماعات بابك ما يكره في المساجد: (247/1)، وفيه الحارث بن نبهان متفق على ضعفه.
(2) انظر: الرسالة: (284).
(3) الإبل: سقطت من (م).
(4) أخرجه أحمد (250/2)، وفيه عبد الله بن نافع وهو ضعيف: (مجمع الزوائد: (268/5).
(5) سبق تخريج الحديث في الأضحية ومعنى موجئين: من الوجاء يطلق على رض عروق البيضتين حتى تنفضخا من غير أخراج فشبيه الخصاء (المصباح المنير: (650).
(6) والجهاد: سقطت من (م).
(7) **السمة:** وهو العلامة بالنار أو بالشرط بالموس (الفواكه الدواني: (376/2).
(8) انظر: الرسالة (284).
(9) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب: النهي عن ضرب الحيوان في وجهه ووسميه فيه: (1673/3).
(10) أخرجه مسلم في اللباس والزينة باب: النهي عن ضرب الحيوان في وجهه ووسميه فيه: (1673/3).

فصل [80. في الرؤيا]

من رأى في منامه بعض ما يكره تفل عن يساره ثلاثاً وتعوَّذ بالله من شر ما رآه[1]، لقوله ﷺ:"الرؤيا الصالحة من الله والحلم من الشيطان فإذا رأى أحدكم شيئاً يكرهه فلينفث عن يساره ثلاث مرات إذا استيقظ وليتعود بالله من شرها فإنها لن تضره إن شاء الله" [2].. ويجب أن يفسِّرها من له علم بها[3]؛ لأنها أصلاً لا يؤمنن عليها إذا فسرها من لا يعلم أن يكذب أو يخمن لعموم قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ﴾[4].

فصل [81. في السبق]

السبق[5] جائز بالخيل والإبل وبالسهام وبالرمي[6]، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ ﴾[7]، وقال ﷺ: "ألا إن القوة الرمى"[8]، وقال ﷺ "لا سبق إلا في نصل أو حافر"[9])[10]، وروي أنه ﷺ سابق بين الخيل التي أضمرت[11]، وسابق بناقته القصواء[12].

(1) انظر الموطأ: (956/2)، الرسالة: (285).
(2) أخرجه البخاري في الطب باب: النفث في الرقبة: (24/7)، وسلم في الرؤيا: (1772/4).
(3) انظر: الفواكه الدواني: (380/2).
(4) سورة الإسراء الآية: 36.
(5) **السبق:** سبكون الباء- مصدر يسبق إذا تقدم، وفتحها المال الذي يوضع بين أهل السباق (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: (86/2).
(6) انظر: الموطأ: (467/2)، الرسالة: 286).
(7) سورة الأنفال الآية: 60.
(8) أخرجه مسلم في الإمارة باب: فضل الرمى والحث عليه: (1522/3).
(9) أخرجه أبو داود في الجهاد باب: في السبق: (63/3)، والنسائي في الخيل باب: السبق (188/6)، وابن ماجة في الجهاد باب: السبق والرهان: (960/2)، والترمذي في الجهاد باب: ما جاء في الرهان والسبق: (178/4) وحسنه وصححه ابن حبان: (1638).
(10) ما بين قوسين سقط من (م).
(11) **أضمرت:** في اللغة ضمر أي دق وقل لحمه، وأما أضرمته أي عددته للسباق وهو في أن تعلفه قوتا بعد السمن (المصباح المنير: 364/2)، والحديث أخرجه البخاري في الجهاد باب: السبق بين الخيل: (219/3)، ومسلم في الإمارة باب: المسابقة بين الخيل وتضميرها: (1491/3).
(12) فعن أنس قال: كان للنبي ﷺ ناقة تسمى العضباء لا تسبق...الخ الحديث، أجرجه البخاري في الجهاد باب: ناقة النبي ﷺ: (220/3) وأخرجه مسلم في الجهاد باب: غزوة ذي قرد: (1439/3)

فصل [82. في منع السباق بالبغال والحمير]

السباق بالبغال والحمير لا يجوز، خلافاً لأحد وجهي أصحاب الشافعي[1]؛ لأن الغرض بالسباق قتل العدو ولا يتأتى ذلك في البغال والحمير؛ لأنها لا تصلح للكر والفر، وإنما تصلح له الخيل وحدها ألا ترى أنه لا يسهم لهما.

فصل [83. من يأخذ الجعل في السباق والمقام بها]

يجوز أن يخرج الرجل سبقا فإن سبقه غيره أخذه وإن سبق هو كان الذي أخرجه لنت يليه، ولا يرجع السبق إلى مخرجه، وإن جعلا محللا يأخذ السبق جاز إذا أمنا أن يسبقاه[2]، والأصل فيه قوله ﷺ: "من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبقهما فهو قمار فإن لم يأمن فليس بقمار"[3]، ولأنه إذا أمن أن يأخذ سبقه وجاء أن يؤخذ سبق غيره حصل المعنى المقصود منه فجاز.

وإنما منعنا رجوع السبق على مخرجه اعتباراً بالولي؛ لأنه لا يكون في إخراج السبق فائدة، قال محمد بن عبد الحكم: هذا أحد قوليه وعلى الوجه الآخر يجوز وهو النظر.

---

(1) انظر المهذب: (1413/1).
(2) انظر: الرسالة: (287).
(3) أخرجه أبو داود في الجهاد باب: في المحلل: (66/3) وابن ماجه في الجهاد باب: السبق والرهان: (960/2)، وصححه ابن حزم (تلخيص الحبير: 163/4).

باب: في فضل المدينة والصلاة وفضل مالك برحمة الله وترجيهم مذهبه

المدينة عن أصحابها أفضل البقاع كلها[1] خلافاً لأبي حنيفة والشافعي وغيرهم من تفضيل مكة عليها[2]، لما روت عمرة بنت عبد الرحمن[3]عن نافع ابن خديج أن النبي ﷺ قال: المدينة خير من مكة"[4] هذا نص، ولقوله ﷺ: "إن إبراهيم عبدك وخليلك ونبيك وإني عبدك ونبيك وإنه دعا لمكة، وأنا أدعو للمدينة بمثل ما دعاك به لمكة ومثله معه"[5] صريح في أنها أفضل؛ لأن تضعيف الدعاء لها إنما هو لفضلها على ما قصر عنها، وقوله ﷺ: "لا يصبر على لَأْوَائِها[6] وشِدَّتها أحد إلا كنت له شهيداً، أو شفيعاً يوم القيامة"[7] وتخصيصه ذلك يدل على أنه لا زيادة على فضيلتها، وقوله: "لا يخرج أحد عن المدينة رغبة عنها إلا أبدلها الله خيراً منه"[8]، وقوله في الأعرابي الذي بايعه ثم قال أقلني بيعتي: "المدينة كالكير ينفى خبثها وينصع طيبها"[9]، وقوله ﷺ:"اللهم إنهم أخرجوني من أحب البقاع إلي فأسكني

---

(1) انظر الموطأ : (884/2)، المقدمات: (477/3).

(2) انظر: حاشية بن عابدين: (626/2)، المجموع: (444/7).

(3) **عمرة بنت عبد الرحمن:** ابن سعد بن زرارة الأنصارية، المدينة أكثرت عن عائشة ثقة من الثالثة ماتت قبل المائة (تقريب التهذيب: 750).

(4) أخرجه الطبراني: (343/4)، وابن عدي: (2194/6) والبخاري في التاريخ الكبير: (160/1). وفيه محمد بن عبد الرحمن بن داود وهو مجمع على ضعفه: (مجمع الزوائد: 302/2).

(5) أخرجه مسلم في الحجباب: فضل المدينة ودعاء النبيﷺ فيها بالبركة (1000/2)، ومالك (885/2).

(6) لأوائها: من الأواء وهي الشدة، وتعذر الكسب وسوء الحال، وقال بعضهم شدة الجوع (الصحاح: 2478/6).

(7) أخرجه مسلم في الحج باب: الترغيب في سكنى المدينة: (1004/2)، ومالك: (886/2).

(8) أخرجه مالك: (887/2).

(9) أخرجه البخاري في فضائل المدينة، باب: فضل المدينة: (221/2)، مسلم في الحج باب: المدينة تنفى شرارها: (1006/2)، ومالك: (886/2).

أحب البقاع إليك"[1] وهذه الظواهر أقوى من النصوص، وقوله ﷺ: "أمرت بقرية تأكل القِرى يقال لها يثرب وهي المدينة تنفي الناس كما تنفي الكير خبث الحديد[2]، وقولهﷺ: "تأكل القرى[3]، إلا رجوع فضلها عليها وزيادتها على غيرها، وقوله: "إن الإيمان ليأرز[4] إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها"[5]، وتخصيصه فيها بذلك يدل على فضلها على جميع البقاع التي لا يوجد هذا المعنى فيها.

ولقوله ﷺ: "ما بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة"[6]، وقد علم أنه خصص ذلك الموضع منها لفضله على بقيتها فكان بأن يدل على فضلها على سواها أولى، وقوله ﷺ: "على أنقاب[7] المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال"[8] وهذا بين عن فضلها على البقاع التي لم تحرس من ذلك.

وقوله ﷺ: "اللهم حبِّب إلينا المدينة كحبِّنا مكة أو أشد"[9]، ولا يجوز أن يسأله ربه أن يحبب إليه الأدنى على الأعلى، وما روي من إكبار عمر رضي الله عنه على عبد الله بن عياش المخزومي[10] في قوله: مكة خير من المدينة فقال:

---

(1) أخرجه الحاكم: (3/3)، وهو حديث منكر... وقال ابن حزم: هو حديث لا يسند، وإنما هو مرسل من جهة محمد بن الحسن بن زبالة وهو هالك (المقاصد الحسنة: 89).

(2) أخرجه البخاري في فضائل المدينة باب: فضل المدينة: (221/2)، ومسلم في الحج باب/ المدينة تنفى شرارها: (1006/2) ومالك: (887/2).

(3) أخرجه مسلم في الحج باب: المدينة تنفى شرارها: (1006/2).

(4) **يأرز**: أي يلجأ، وينضم إليها ويجتمع بعضه إلى بعض فيها (الصحاح : 864/3).

(5) أخرجه البخاري في فضائل المدينة باب: الإيمان يأرز إلى المدينة: (222/2)، ومسلم في الإيمان باب: أن الإسلام بدأ غريباً: (131/1).

(6) أخرجه البخاري في الصلاة في مسجد مكة والمدينة باب: فضل ما بين القبر والمنبر: (56/2)، ومسلم في الحج ما بين القبر والمنبر روضة...: (1010/2).

(7) أنقاب: جمع نقب وهي أبوابها.

(8) أخرجه البخاري في فضائل المدينة باب: لا يدخل الدجال المدينة: (223/2)، ومسلم في الحج باب: صيانة المدينة من دخول الطاعون والدجال: (1005/2) ومالك: (892/2).

(9) أخرجه البخاري في مناقب الأنصار باب: مقدم النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة: (264/4) ومسلم في الحج باب: الترغيب في السكنى المدينة والصبر على لأوائها: (1003/2) ومالك: (891/2).

(10) **عبد الله بن عياش:** ابن عباس القتباني، أبو حفص المصري صدوق يغلط، اخرج له في الشواهد من السابق، مات سنة سبعين (تقريب التهذيب: 317).

أنت القائل لمكة خير من المدينة فقال هي حرم الله وأمنه فقال عمر: لا أقول في حرم الله ولا في أمنه شيئاً[1].

ولا أحد أنكر عليه هذا الإنكار، ولأن رسول الله ﷺ مخلوق منها وهو خير البشر فتربتها أفضل الترب، ولأن أفضل الهجرة يوجب أن يكون المقام بها طاعة وقربة والمقام بغيرها ذنباً ومعصية، وذلك دال على فضلها على سائر البقاع.

فصل [1. في تفضيل المساجد الثلاثة: المسجد الحرام ومسجد النبي ﷺ ومسجد إيليا]

الصلاة في كل المساجد متساوية الفضيلة إلا في المساجد الثلاثة: المسجد الحرام، ومسجد النبي ﷺ، ومسجد إيليا[2]، والأصل فيه قوله ﷺ: "لا تشهد المطي إلا إلى ثلاثة فذكرها"[3] ، وقوله ﷺ: "صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام"[4].

فصل [2. في تفضيل الصلاة في المسجد النبوي]

فإذا ثبت هذا فالصلاة في مسجده أفضل من الصلاة في المسجد الحرام في الجملة، فأما تحديد ما يفضل به عليه فلم يرد خبر ولا يوجبه نظر؛ وقد قيل إنه بدون الألف وأظن قد قيل غيره[5].

وإنما قلنا ذلك في الجملة؛ لأنه إذا ثبت بما ذكرناه فضيلة المدينة على مكة كانت الصلاة في مسجدها أفضل لا محالة ويكون لاستثناء المسجد الحرام من تفضيل الصلاة في مسجد الرسول ﷺ على سائر المساجد وهو

---

(1) الموطأ: (894/2).

(2) يقصد بمسجد إيليا: بيت المقدس.

(3) أخرجه البخاري في الصلاة في مسجد مكة والمدينة بابك فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة: (56/2)، ومسلم في الحج: باب: لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: (114/2).

(4) أخرجه البخاري في الصلاة في مسجد مكة والمدينة باب: فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة: (56/2)، ومسلم في الحج باب: فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة: (101/2).

(5) انظر: الموطأ: (884/2)، المقدمات: (479/2-481).

مقدار الفضيلة لا في أصلها فكأنه قال ﷺ: "الصلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام فهو أفضل منه بدون ألف كفضل مكة على غيرها"، فكانت لها بذلك مزية على سائر المساجد كما كان للمدينة مزية على مكة، وذلك المقدار لا يعلم إلا بتوقيف فلذلك وقفنا في تقديره.

فصل [3. في إجماع أهل المدينة]

إجماع أهل المدينة نقلاً حجه تحرم مخالفته، ومن طريق الاجتهاد مختلف في كونه حجه: والصحيح عندنا أنه يرجح به على غيره ولا يحرم بالذهاب إلى خلافه، فأما إجماعهم من طريق النقل أو ما في معناه: فإنه ينقسم إلى نقل قول ونقل فعل ونقل لإقرار ونقل ترك وعليه بنى أصحابنا الكلام في كثير من مسائلهم واحتجوا به على مخالفتهم وتركوا له أخبار الآحاد والمقاييس[1]:

وهو مثل نقل الآذان والإقامة وتقديم الآذان للفجر قبل وقتها والصاع والمد وترك أخذ الزكاة من الخضروات وإثبات الأحباس والوقوف وغير ذلك..

ودليلنا على كونه حجة: اتصال نقله على الشرط المراعى في التواتر من تساوي أطرافه وامتناع الكذب والتواطء والتواصل والتشاعر على ناقليه وهذه صفة ما يحج نقله[2]..

ولا معتبر[3] لقولهم إنه لم يثبت هذه الصفة لنقلهم؛ لأن الذين نقلوا ذلك هم الذين نقلوا موضع قبره ومنبره ﷺ وهم أهل المدينة قرناً بعد قرن وخلفاً عن سلف ولداً عن والد وآخر عن أول.

---

(1) انظر: إحكام الفصول: (480)، المقدمات: (481/3)، مختصر ابن الحاجب: (35/2).
(2) في (م): فعله.
(3) في (ق): معتد.

وكذلك قال مالك رحمه الله لما احتاج لإثبات الوقوف فقال: هذه صدقات رسول الله ﷺ وأحباسه مشهورة عندنا بالمدينة معروفة..

ولمسائلها رجع أبو يوسف إلى القول بأن مقدار الصاع ما يقوله أصحابنا وترك مذهب أبي حنيفة[1] لما رأى[2] من تواتر النقل وتناصره من الخلف عن السلف.. وإذا ثبت ذلك صح ما قلنا..

ومن ذهب إلى أن إجماعهم[3] من طريق الاستنباط والاجتهاد حجة احتج لأن لأهلها من المزية بمشاهدة خطاب رسول الله ﷺ وسماع كلامه والمعرفة بأسباب خطابه وبألفاظه ومخارج أقواله ما ليس لغيرهم ممن نأى وبعد عنه..

وقد ثبت أن من حملت له هذه المزية كان أعرف بطرق الاستنباط ووجوه الاجتهاد والاستخراج فكانوا حجة بما يجتهدون فيه، ولأن السنن والأحكام منها ابتدأت وعنها انتشرت إلى غيرها من الآفاق:

فإذا وجدناهم مجمعين على ما لم يتبين نقله ولا اشتهر أنه توقيف حملوا فيه على أنهم عرفوا منه ما لم يعرف غيرهم؛ لأنه ليس إلا ذلك..

والقول بأنهم غيَّروا أو ما عرفوا [....][4] ما علموه ذلك ممتنع مع عدالتهم، ونزاهتهم..

ووجه القول بأنه ليس بحجة وهو الذي كان يقول شيخنا أبو بكر [الأبهري][5] وكافة البغداديين من أصحابنا إلا اليسير منهم، [لأنهم بشر

---

(1) انظر: تمام القصة في سنن البيهقي: (171/4)، وذكر القصة كذلك أبو عبيد في الأموال: (463)، والحافظ ابن حجر في الفتح: (598/11).
(2) لما رأى: سقطت من (ق).
(3) في (م): ابتاعهم.
(4) طمس في ق و(م).
(5) مطموس: ق وم.

يخطئ ويصيب والعصمة][1] تثبت لجميع الأمة دون بعضها فلا يؤمن معهم، وقد وقع الخطأ في بعض ما اجتهدوا فيه، وهذا زيادة منهم على [...][2] التبديل والتغيير.

فصل [4. في الترجيح بعمل أهل المدينة]

إذا ثبت أنه ليس بحجة ولا تحرم مخالفته وهو أولى من اجتهاد غيرهم إذا اقترن بأحد الخبرين المعارضين رجح به على ما عرى عنه[3]:

ودليلنا أن الترجيح مطلوب به قوة [بحيث يكون القول الذي][4] يقارنه أقرب إلى الحق وأولى بالصواب، وذلك لأن لأهل المدينة بما ذكرناه من مزية المعاينة والرجحان بالمشاهدة والمعرفة بمخارج الكلام [وسبب][5] الأحكام ما ليس لغيرهم من راجع إلى نقل فكان اجتهادهم أولى؛ لأن سببه الذي بني عليه أقوى، ولقوله ﷺ: "إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها"[6]..

وذلك أن اجتهادهم إلى الصواب أقرب وعن الخطأ أبعد، وبذلك احتج من رجح اجتهاد عمر رضي الله عنه على اجتهاد غيره لقوله ﷺ: "إن الحق ينطق على لسان عمر وقلبه"[7]، ولأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يتوقفون عن الفتيا في الحادثة إذا نزلت بهم وهم غائبون عن المدينة ويؤخرون ذلك إلى وقت عودتهم إليها .. وروي عن ابن مسعود وابن عمر وأشار به عبد الرحمن

---

(1) طمس في م و(ق).
(2) طمس في م و(ق).
(3) انظر المقدمات: (484/3).
(4) طمس في م و ن.
(5) طمس في م و ق.
(6) سبق تخريج الحديث.
(7) أخرجه الترمذي في المناقب باب: ما بعد باب: في مناقب أبي بكر وعمر رضي الله عنهما: (576/5)، وقال هذا حديث حسن غريب بلفظ وأن الله جعل الحق على لسان عمر وقلبه.

على عمر[1]؛ وذلك لأن اعتقادهم أن الاجتهاد بها أقوى، وأن النفوس بها أشرح والصدور بها أرحب وأفصح والتبين والتبصر بها أبهج وأوضح، وقد صرح بذلك عبد الرحمن بن عوف في قوله لعمر بن الخطاب: أمهل يا أمير المؤمنين لتقدم دار الهجرة وبها الصحابة، وهذا واضح فيما قلناه بحمد الله.

فصل [5. مخالفة خبر الآحاد لعمل أهل المدينة]

إذا رُوِيَ خبر من أخبار الآحاد في مقابلة عملهم المتصل وجب إطراحه والمصير إلى عملهم لأن هذا العمل طريقه طريق النقل المتواتر فكان إذن أولى من أخبار الآحاد[2]:

وذلك مثل ما ذكرناه في نقل الآذان ووجوب المعاقلة بين الرجل والمرأة، وتقديم الآذان على الفجر وما في معناه، وحمل ذلك على [غلط][3] راويه أو نسخه أو غير ذلك مما يجب إطراحه لأجله..

وليس هذا من القول بأنا لا نقبل الخبر حتى يصحبه العمل في شيء؛ لأنه لو ورد خبر في حادثة[4] لا نَقْلَ لأهل المدينة فيه لقبلناه وإن كنا نطرحه إذا عاد برفع النص، وهذا مذهب السلف وأكابر التابعين مثل سعيد بن المسيب إذا أنكر على ربيعة معارضته إياه في المعاقلة[5] وأبى الزناد[6] وأبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم وغيرهم، وقد ذكرناه في المواضع وقد استوفيناه فيها.

---

(1) أخرجه البخاري في الحدود باب: الاعتراف بالزنا: (24/8)، ومسلم في الحدود باب: رجم الثيب: (1317/3).

(2) في (ق): من الأخبار.

(3) طمس في م و(ق).

(4) في حادثة: سقطت من (م).

(5) سبق ذكر القصة في العقل، وانظر الموطأ: (810/2).

(6) في (ق): أبي زيد.

فصل [6. في ترجيح مذهب الإمام مالك رحمه الله]

إذا اختلف العلماء وتنازعوا في حكمهم[1]، فالواجب الرجوع إلى النظر والاجتهاد في طلب الحكم من الأدلة التي هي مظانه[2] ومواضع طلبه وهي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس والعمل[3] واعتقاد ما يؤدي صحيح النظر في ذلك إليه ويقف[4]: المجتهد عليه..

ولا يفتقدون الحق في أقاويله المختلفين في قول فلان دون قول غيره، ولا في مذهب دون ما سواه من [المذاهب][5] إلا أن يكون الدليل قد قام عنده على صحته وعيّن له الحق به..

فإن قيل أتراكم تعتقدون مذهب مالك بن أنس رحمه الله وتختارونه[6] دون غيره من مذاهب المخالفين وتخبرون عن صوابه وتأمرون المبتدئ بدرسه فخبرونا عن موجب ذلك عندكم أهو تقليدهم له وإنكم صرتم إليه لأنه قاله؛ أو لأن الدليل عندكم قام عليه؟

قيل له: قد فرغنا من الجواب عن هذه المطالبة في العقد الذي عقدناه وجملته:

أنَّا لم نصر إلى قوله إلا وقد علمنا صحته وعرفنا صحة الأصول التي بني عليها واعتمد في اجتهاده على الرجوع إليها، فلما عرفنا ذلك من مذهبه عقدناه وحكمنا صوابه..

---

(1) في المقدمات: في حكم النازلة: (483/3).
(2) في (م): مكانه.
(3) في (م): والعبرة.
(4) في (ق): وينفذ.
(5) طمس في ق و(م).
(6) في (م): وتنتحلونه.

إن قيل فهذا حجتكم فيما تعتقدونه في نفوسكم فما حجتكم في إرشادكم على المبتدئ الذي لم يعرف من حاله ما عرفتم منه[1] وتعويلكم به عليه وترجيحكم له في الجملة على غيره؟

قيل له: فأما إرشادنا المبتدئ إليه وأمرنا إياه بدرسه واعتقاده؛ فلأنه استرشدنا إلى الصواب الذي يجب أن يعتقد، وقد عرفنا أن ذلك هو الصواب فلذلك أرشدناه إليه..

وأما ترجيحنا إياه على غيره من المذاهب فلقوله ﷺ: "يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل في طلب العلم فلا يجدو من عالم أعلم من بالمدينة"[2] فالدلالة في هذا من موضعين:

إحداهما إخباره بأن من ينطبق عليه هذا الاسم أعلم أهل وقته، ولم نجد هذا [في غيره][3] ولا موصوفاً به سواه، حتى إذا قيل هذا قول عالم المدينة وإمام دار الهجرة عقل من ذلك أنه المراد به فاكتفى به عن أن يقال أنه مالك بن أنس، [ولم يؤدى][4] سمعه إلى استفهام عليه، ولا يعرض له توقف فيه للعرف الذي في الغالب قصره عليه وانتفاء الشركة عنه فيه كما قيل هذا قول الشافعي أنه أراد بذلك قول محمد بن إدريس دون غيره من أهل نسبه، وكذلك الأوزاعي والثوري[5].

(1) في (م): إليه.
(2) أخرجه الترمذي في العلم باب: ما جاء في عالم المدينة: (46/5) وقال: حديث حسن وأخرجه البيهقي: (386/1)، والحاكم: (91/1)، وصححه، وأحمد: (299/2).
(3) طمس في ق و(م).
(4) طمس في ق و (م).
(5) **الثورى:** سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري أمير المؤمنين في الحديث ت (161هـ) (سير أعلام النبلاء: 229/7).

والثاني تأويل الأئمة ذلك فيه: منهم ابن جريج وابن عيينة وعبد الرحمن بن مهدي[1] من غير خلاف عليهم في ذلك[2]][3].

[انتهى كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين]

(1) **عبد الرحمن بن مهدي** بن حسان، أبو سعيد البصرى، الحافظ الحجة الإمام ت 198هـ (تذكرة الحفاظ: 329/1).
(2) انظر سنن الترمذي:(46/5).
(3) ما بين معقوفتين مطموس في ق، م وأكملنا النقص من كتاب "المقدمات" لابن رشد الذي نقل معظم هذا الفصل: (484-483/3).

فهرس المراجع

- اجتماع الجيوش الإسلامية على غزو المعطلة والجهمية: ابن قيم الجوزية (751)، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

- الاجتهاد (أو الرد على من أخلد للأرض، وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض): جلال الدين عبد الرحمن السيوطي (911هـ)، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية (1400هـ/ 1980).

- الإجماع: أبو بكر بن محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (318هـ)ن الطبعة الأولى، دار طيبة (1402هـ/1982م).

- الأحكام السلطانية والولايات الدينية: أبو الحسن بن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (450هـ)، الطبعة لثالثة، مطبعة مصطفى البابى الحلبي، مصر (1393هـ/1973م).

- إحكام الفصول في أحكام الأصول: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي (474هـ)، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت (1407هـ/1987م).

- اختصار عيون الأدلة: للقاضي عبد الوهاب (مخطوط).

- آداب الفقهاء: عبد الله كنون، دار الثقافة، المغرب.

- ارشاد الفحول: محمد بن علي الشوكاني (1250هـ)، مصطفى البابى الحلبي، مصر (1356هـ/1937م).

– إرشاد اللبيب إلى مقاصد الحبيب: محمد بن أحمد علي بن غازي (919هـ).

– إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت (1399هـ/1979م).

– أزهار الرياض: أبو العباس أحمد المقري المساني، صندوق إحياء التراث الرباط (1978م).

– الاستذكار: أبو عمر يوسف بن عبد البر (463هـ)، تحقيق على النجدي ناصف، المجلس الأعلى لللشئون الإسلامية، مصر (1973م).

– الإشراف في مسائل الخلاف: للقاضي عبد الوهاب (422هـ) مطبعة الإدارة، تونس.

– الإصابة في تمييز الصحابة: أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني (853هـ)، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، بمصر (1328هـ).

– الأعلام: خير الدين الزركلي، الطبعة الخامسة، دار العلم للملايين بيروت (1980م).

– الإقناع: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماردوي (450هـ) تحقيق خضر محمد خضر، الطبعة الأولى، دار العروبة (1402هـ/1982م).

– الأم: محمد بن إدريس الشافعي (204هـ)، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت (1393هـ/1973م).

– الأموال: أبو عبيد القاسم بن سلام (224هـ)، تصحيح محمد حامد الفقى، المطبعة القاهرة، القاهرة (1353هـ).

- انتصار الفقير السالك: شمس الدين محمد بن محمد الراعي (853هـ) تحقيق محمد أبو الأجفان، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي بيروت (1981م).

- الانتقاء: ابن عبد البر (463هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت.

- الأنساب: للسمعاني، ليدن (1912م)، تحقيق عبد الرحمن المعلمي وآخرون، نشر آمين دمج- بيروت.

- الإنصاف: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي (885هـ) تحقيق محمد حامد الفقي، الطبعة الأولى (1374هـ).

- إيضاح المكنون: إسماعيل باشا، استانبول (1941م).

- البحر المحيط: بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي (794هـ) تحقيق مجموعة من الباحثين، الطبعة الثانية، دار الصفوة، الغردقة (1413هـ/1992م).

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء بن مسعود الكاساني (587هـ)، مطبعة الإمام، الناشر: زكريا على يوسف، مصر.

- بداية المجتهد: القاضي أبو الوليد محمد بن رشيد الحفيد (595هـ) (المطبوع مع الهداية في تخريج أحاديث البداية.

- البداية والنهاية: أبو الفداء الحافظ بن كثير الدمشقي (774هـ)، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، بيروت (1977م).

- بيان تلبيس الجهمية في تأسيس بدعهم الكلامية: شيخ الإسلام ابن تيمية، الطبعة الأولى.

- البيان والتحصيل: أبو الوليد محمد بن أحمد بن راشد- الجد (520هـ) تحقيق محمد حجي وآخرون، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت (1406هـ/1986م).

- التاج والإكليل: أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق (898هـ)، دار الفكر، بيروت (1398هـ/1978م).

- تاريخ الأمم الإسلامية- الدولة العباسية: الخضرى بك.

- تاريخ بغداد: أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت.

- تاريخ التشريع الإسلامي: الخضرى بك.

- تاريخ التراث العربي: بروكلمان.

- تاريخ الخلفاء: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (911هـ).

- تاريخ قضاء الأندلس: أبو الحسن بن عبد الله بن الحسن النباهي المالقي، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت.

- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناج الأحكام: برهان الدين أبو الوفا إبراهيم بن فرحون (799هـ)، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية، بيروت.

- تبيين الحقائق: فخر الدين عثمان بن علي بن محجف الزيعلي (743هـ)، المطبعة الكبرى، الأميرية ببولاق، مصر (1315هـ).

- تبيين كذب المفترى: ابن عساكر الدمشقي (571هـ) دار الكتاب العربي، بيروت.

- تحفة الفقهاء: علاء الدين السمرقندي (539هـ)، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت (1405هـ/1984م).

- تخريج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الإمام مالك: الطاهر محمد الدرديري، جامعة أم القرى.

- تذكرة الحفاظ: أبو عبد الله شمس الدين الذهبي (747هـ)، دار إحياء التراث العربي.

- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: القاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي (544هـ)، تحقيق مجموعة من الباحثين وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب (1403هـ/1983م).

- التفريع: أبو القاسم عبد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب (388هـ)، تحقيق حسن بن سالم الدهماني، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي (1408هـ/1987م).

- تقريب التهذيب: شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852هـ) تحقيق محمد عوامة، الطبعة الثانية، دار الرشيد، حلب (1988/1408).

- تقويم البلدان: عماد الدين إسماعيل بن محمد بن عمر، المعروف بابى الفداء صاحب حماة (732هـ) مكتب المثنى (مصور عن طبعة باريس 1830هـ).

- تلخيص الحبير: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852هـ) دار المعرفة، لبنان.

- التلقين: القاضي عبد الوهاب (422هـ)، تحقيق: محمد ثالث سعيد الفاني، جامعة أم القرى (رسالة دكتوراه في عام 1405هـ).

- تهذيب التهذيب: أحمد بن على بن محمد بن حجر (852هـ) الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت (1404هـ/1984م).

- الجامع الصحيح (صحيح البخاري): أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (256هـ)، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر، استانبول.

- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة (297هـ) تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الكتب العلمية، بيروت.

- جامع البيان على تأويل القرآن (تفسير الطبري): أبو جعفر محمد بن جرير الطبري (310هـ) الطبعة الأولى، مصطفى البابي الحلبي، مصر (1968/1388).

- الجامع في أحكام القرآن: أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي (6714هـ) مكتبة الرياض الحديثة.

- حاشية ابن عابدين: محمد أحمد بن عابدين (1205هـ) طبعة بولاق الأولى.

- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر.

- حاشية قليوبي وعميرة: شهاب الدين القليوبي (1069هـ) وشهاب الدين عميرة (957هـ) الطبعة الرابعة، دار الفكر.

- حدود ابن عرفة: (المطبوع من شرح الرصاع).

- حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة: جلال الدين السيوطي (911هـ) طبعة مصر (1299هـ).

- حلية الأولياء: أبو نعيم الأصفهاني، مصر، دار الفكر.

- الخراج: لأبي يوسف.

- الخرشي على الخليل: محمد الخرشي، دار الفكر.

- الدراية في تخريج أحاديث الهداية: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852هـ) دار المعرفة، بيروت.

- درة الغواص في محاضرة الخواص: برهان الدين إبراهيم بن فرحون (799هـ) تحقيق محمد أبو الأجفان وعثمان بطيخ، مكتبة العتيقة، تونس.

- الديباج المذهب: برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون (799هـ) تحقيق محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

- ديوان الراعي النميري (شعر الراعي النميري وأخباره): مطبعة المجمع العلمي العربي دمشق (1383هـ).

- ديوان النابغة الذبياني: تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر (1977).

- الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي (684هـ)، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف وعبد السميع أحمد الإمام، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الكويت (1982/1402).

- الذخيرة في محاسب الجزيرة: أبو الحسين على بن بسام الشنتريني (532هـ) تحقيق إحسان عباس الطبعة الأولى، دار الثقافة، بيروت (1399هـ/1979م).

- الرسالة: أبو محمد عبد الله بن زيد القيرواني (386هـ)، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الأجفان، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامية (1986/1406).

- روضة الطالبين: أبو زكريا يحيي بن شرف النووي (676هـ)، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي (1405هـ/1985م).

- زاد المعاد في هدى خير العباد: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر الزرعي بن قيم الجوزية (751هـ) تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، الطبعة الثالثة عشر، مؤسسة الرسالة (1406هـ/1986م).

- سنن أبي داود: أبو داود سليمان بن الأشعت السجستاني (175هـ)، تحقيق عزت الدعاس وعادل السيد، الطبعة الأولى، دار الحديث حمص (1393هـ/1973م).

- سنن ابن ماجة: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (275هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة العلمية، بيروت.

- سنن النسائي: أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي (303هـ) الطبعة الأولى، مطبعة مصطفى البالي الحلبي (1964/1383).

- السنن الكبرى: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (458هـ) دار المعرفة، بيروت.

- سير أعلام النبلاء: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد العرقسوسي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة (1984/1404).

- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: محمد بن محمد مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت.

- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: أبو العلام عبد الحي بن العماد الحنبلي (1086هـ) منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت.

- شرح ابن ناجي على الرسالة: قاسم بن عيسى بن ناجي (838هـ)، دار الفكر (1982/1402).

- شرح تنقيح الفصول: شهاب الدين أحمد بن أدريس القرافي (684هـ) تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، المكتبة الأزهرية (1973م).

- شرح حدود ابن عرفة: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع.

- شرح زروق على الرسالة: أحمد بن محمد البرنسي المعروف بزروق (899هـ) دار الفكر (1402هـ/1982م).

- شرح صحيح مسلم: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (676هـ) المكتبة العصرية، مصر (1349هـ).

- الشرح الصغير: سيدي أحمد الدردير (1201هـ) تعليق محمد إبراهيم المبارك، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر.

- شرح فتح القدير: كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي (861هـ) الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، بولاق (1315هـ).

- الشرح الكبير: سيد أحمد الدردير (1201هـ) دار الفكر.

- الصحاح: إسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار الطبعة الثانية (1402هـ/1982م).

- صحيح ابن خزيمة: تحقيق وتعليق محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي (1390هـ).

- صحيح مسلم (الجامع الصحيح): أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري (261هـ) تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- طبقات ابن سعد: محمد بن سعد بن منيع بن سعد (230هـ) دار صادر بيروت (1388هـ/1968م).

- طبقات الفقهاء: أبو اسحق الشبرازي (476هـ)، تحقيق إحسان عباس، الطبعة الثانية دار الرائد العربي، بيروت (1401هـ/1981م).

- العبر: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي تحقيق صلاح المنجد وفؤاد السيد، الكويت (1960م).

- عدة البروق: أبو العباس أحمد بن يحيي الونشرشي (914هـ) تحقيق حمزة أبو فارس الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي (1410هـ/1990).

- عيون المناظرات: أبو على عمر السكوني (717هـ) تحقيق سعد عراب، منشورات الجامعة التونسية (876هـ).

- غر المقالة في شرح غريب الرسالة (المطبوع مع الرسالة): أبو عبيد محمد ابن منصور بن حمامة المغراوي، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الأجفان، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي (1406هـ/1986م).

- غريب الحديث: لابن قتيبة، تحقيق الجبوري، وزارة الأوقاف بالعراق (1397).

- فتاوى ابن رشد: أبو الوليد بن أحمد بن رشد القرطبي (530هـ) تحقيق المختار التليلي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي بيروت (1987/1407).

- فتح الباري: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (852هـ) دار المعرفة، بيروت.

- فتح المبين في طبقات الأصوليين: عبد الله مصطفى المراغي، الطبعة الثانية، دارالكتب العلمية، بيروت (1974/1394).

- الفروق الفقهية: أبو الفضل مسلم بن علي الدمشقي، تحقيق محمد أبو الأجفان وحمزة أبو فارس، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت - 1992م).

- الفكر الأصولي: عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، الطبعة الأولى، دار الشروق، جدة (1403هـ/1983).

- الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي: محمد بن الحسن الحجوي (1316هـ) المكتبة العلمية، المدينة المنورة (1977/1317).

- فهرس المخطوطات خزانة القرويين: محمد العابد الفارسي، الطبعة الأولى (1983/1403).

- الفهرست: أبو الفرج محمد بن إسحق بن النديم (378هـ) دار المعرفة بيروت (1978/1398).

- فوات الوفيات: محمد بن شاكر الكتبي (764هـ) تحقيق إحسان عباس دار بيروت (1973).

- الفواكه الدواني: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (1125) دار الفكر بيروت.

- القواعد: أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري: (758هـ) تحقيق أحمد عبد الله بن حميد، جامعة أم القرى.

- القواعد أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن الحضي (829هـ) تحقيق عبد الرحمن الشعلان، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

- الكافي: أبو عمر يوسف بن عبد البر (463هـ) الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت (1987/1409).

- الكامل في التاريخ: أبو الحسن على بن الأثير (620هـ) الطبعة السادسة، دار الكتاب العربي، بيروت (1406هـ/1986م).

- الكامل في ضعفاء الرجال: أبو أحمد عبد الله بن عدي (365هـ) الطبعة الثانية دار الفكر، بيروت (1985/1405).

- كشف الظنون: حاجي خليفة، استانبول (1941م).

- كشف القناع عن تضمين الصناع: أبو علي الحسن بن رجال المعدانى (1140هـ) الدار التونسية للنشر (1986م).

- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: للمتقى، مؤسسة الرسالة، بيروت (1985/145).

- اللباب في شرح الكتاب (مختصر القدوري): عبد الغني الغنيمي الميداني، المكتبة العلمية بيروت (1980/1400).

- لسان العرب: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور (711) دار صادر بيروت (1968).

- المبسوط: شمس الدن السرخسي (483هـ) الطبعة الثانية، دار المعرفة، لبنان.

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (807هـ) الطبعة الثانية دار الكتاب العربي، بيروت (1982/1402).

- المجموع شرح المذهب: أبو زكريا يحي بن شرف النووي (676هـ)، المكتبة السلفية، المدينة المنورة.

- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية: جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد ابن قاسم المجدي- طبعة، الرئاسة العامة لشؤون الحرمين الشريفين.

- محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي: عمر الجيدي مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء (1986).

- المحلى: ابن حزم الظاهري (456هـ) مكتبة الجمهورية العربية (1392هـ/1972م).

- مختصر ابن الحاجب: أبو عمرو عثمان بن عمر أبى بكر بن الحاجب (646هـ)، الطبعة الأولى المطبعة الأميرية ببولاق، بمصر (1316).

- مختصر الخرقي: أبو القاسم عمر بن الحسن الخرقي (334هـ) تحقيق زهير الشاويش- الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، بيروت (1403هـ).

- مختصر الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (321هـ) تحقيق أبو الوفا الأفغاني، الطبعة الأولى، دار إحياء العلوم (1406هـ/1986م).

- مختصر القدوري: أحمد بن القدوري البغدادي (428هـ) (المطبوع مع اللباب).

- مختصر المزني: الطبعة الثانية، دار المعرفة (1973/1393).

- المدخل: لابن الحاج، دار الفكر (1981/1401).

- المدونة الكبرى: الإمام مالك بن أنس- برواية الإمام سحنون- دار الفكر (1406هـ/1986م).

- مرآن الجنان: أبو محمد عبد الله بن اسعد اليافعي (768هـ) الطبعة الثانية، مؤسسة الأعلمي، بيروت (1970/1360).

- مراتب الإجماع: أبو علي بن حزم (456هـ) الطبعة الأولى، دار الآفاق الجديدة، بيروت (1978).

- مسائل الإمام أحمد: رواية ابنه عبد الله- تحقيق زهير الشاويش الطبعة الأولى المكتب الإسلامي (1981/1401).

- مسائل الإمام أحمد- رواية ابنه صالح- تحقيق فضل عبد الرحمن دين محمد، الطبعة الأولى الدار العلمية، الهند (1988/1408).

- مسالك الدلالة: أحمد بن محمد بن الصديق الغماري، دار الفكر.

- المستدرك: أبو عبيد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري (405) دار المعارف، حيدر اباد.

- المسند: أحمد بن حنبل (241هـ) المكتب الإسلامي بيروت (1983/1403).

- مسند الشافعي.

- المصباح المنير: أحمد بن محمد المقري الفيومي (77هـ) المكتبة العلمية، بيروت.

- مصنف عبد الرزاق: عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت (1983/1403).

- مصنف بن أبي شيبة: تحقيق عبد الخالف الأفغاني، الدار السلفية الهند (1399هـ).

- المطلع على أبواب المقنع: شمس الدين محمد بن أبى الفتح البعلى (709هـ) المكتب الإسلامي، دمشق (1385هـ/1965م).

- معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان: عبد الرحمن محمد الأنصاري الدباغ (696هـ) تحقيق محمد ماضور، المكتبة العتيقة، تونس.

- معجم البلدان: شهاب الدين ياقوت بن عبد الله الحموى (626هـ) دار إحياء التراث العربي، لبنان.

- معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت.

- معجم مقاييس اللغة: أبو الحسن أحمد فارس بن زكريا (395هـ) تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر (1979/1399).

- المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.

- المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى وآخرون، مطبعة مصر (1960/1380).

- المعلم بفوائد المسلم: أبو عبد الله بن علي بن عمر المازري (536) تحقيق محمد الشاذلي النيفر، الطبعة الثانية/،بيت الحكمة تونس (1988م).

- المعونة في الجدل: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تحقيق على بن عبد العزيز، الطبعة الأولى، مركز المخطوطات والتراث، الكويت (1987/1407).

- المعيار المعرب: أحمد بن يحيى الونشريسي (914هـ) دار الغرب الإسلامي بيروت (1981/1401).

- المغرب في ترتيب المعرب: أبو الفتح ناصر بن عبد السيد بن علي المطريزي (616هـ) دار الكتاب العربي، لبنان.

- المغنى: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (620هـ) مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

- المقاصد الحسنة: أبو الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (902هـ) الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت.

- المقدمات الممهدات: أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي (520هـ) تحقيق محمد حجي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي (1408هـ/1988م).

- الملل والنحل: الشهر ستاني، تحقيق محمد بن فتح الله بدران مطبعة الأزهر، مصر (1970).

– المنتقى: أبو الوليد سليمان بن خلف الباحي (474هـ) الطبعة الرابعة، مطبعة السعادة، مصر (1970).

– منهاج السنة النبوية: أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: محمد رشاد سالم، الطبعة الأولى، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية (1986/1406).

– المهذب: أبو إسحق إبراهيم علي الشيرازي، عيسى البابي الحلبي، مصر.

– مواهب الجليل: أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب (954هـ)، الطبعة الثانية، دار الفكر (1978/1398).

– الموطأ: مالك بن أنس (179هـ) تعليق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة الفيصلية، مكة المكرمة.

– النجوم الزاهرة: جمال الدين أبو المحاسن يوسف بن تغرى بردى الأتابكى (873هـ)، دار الكتب العربي.

– نصب الراية: أبو محمد جمال الدين بن يوسف الزيعلى (672هـ) دار الحديث.

– نفح الطيب: أحمد بن محمد المقرى التلمساني، دار صادر، لبنان.

– النهاية في غريب الحديث: مجد الدين أبو السعادات بن الأثير (606هـ) تحقيق محمود الطناحى وطاهر الزاوي، دار إحياء الكتب العربية (1963).

– نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملى (1004هـ)، الطبعة الأخيرة، مصطفى البابي الحلبي مصر (1967/1386).

- نيل الأوطار: محمد بن علي الشوكاني (1250هـ) دار الجيل، بيروت (1973م).

- الهداية في تخريج أحاديث البداية: أبو الفيض أحمد بن محمد بن الصديق الغمارى، تحقيق: مجموعة من الباحثين، عالم الكتب.

- هدية العارفين: إسماعيل باشا، استانبول (1951م).

- الوفيات: أبو العباس أحمد بن حسن بن علي بن الخطيب بن قنقذ القسنطيني، تحقيق عادل نويهض، الطبعة الثانية، دار الآفاق الجديدة، بيروت (1978م).

- وفيات الأعيان: أبو العباس شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن خلكان (681هـ)، تحقيق إحسان عباس، دار الثقافة، بيروت.

فهرس تفصيلي للموضوعات

[الجزء الثالث]

كتاب الجراح

باب: اشتراط تكافؤ الدماء في القصاص

باب: في أنواع القتل، وطلب الدية من مستحق القتل

باب: في أنواع الدية

باب: من الديات

باب: في دية المرأة والكتابي والمجوسي والعبد

باب: في حكم القسامة وصورتها

باب: في كون الدية موروثة

باب في دية الجنين

باب في الردة

باب في حد السحر

باب في الغسل والصلاة على المقتول من الفئة الباغية

باب في دفع الصائل من البهائم

كتاب الحدود في الزنا

باب: في حد الزاني البكر

باب: في طريق ثبوت الزنا

باب: في حد القذف

كتاب القطع

كتاب العتق

باب: حكم المعتقين عند موت سيدهم

باب: الولاء

كتاب المكاتب

كتاب المدبر

كتاب أمهات الأولاد

كتاب الأقضية

باب: اشتراط العدالة في الشهادة

باب: في التزكية

باب: في حكم تحمل الشهادة

باب: في أقسام البينة

باب: شهادة الأعمى

باب: في الدعوى والبينات

كتاب الحبس والوقوف

والصدقة والعمرى والرقبى وما يتصل بذلك

باب: في صحة ولزوم عقد الصدقة والهبة من غير قبض

كتاب الوصية

كتاب المواريث

باب الوارثون من الرجال والنساء

باب: فيمن يحجبون

باب: في ترتيب المواريث على النسب

باب: في اجتماع الفروض والعول

كتاب الجامع

باب: في السلام

باب: في فضل المدينة والصلاة فيها وفضل مالك رحمه الله وترجيح مذهبه

